

# Helena Zoia

## Sociedade de Advogados

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 41ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO – SP (41 CV).

Processo nº 583.00.2008.169077-0

Nº de ordem 1222/2008

PANDURATA ALIMENTOS, LTDA., qualificada nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, vem, por seus advogados que esta subscrevem, respeitosamente, a V. Exa. para apresentar sua

### CONTESTAÇÃO

com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

#### I – BREVE SÍNTESE DA DEMANDA E SUA PRETENSÃO:

1. O D. Representante Ministerial, DOUTOR PAULO SÉRGIO CORNACCHIONI, inspirado na

Av. Paulista, 1439 - 15º Andar - Conj. 153 - Cerqueira César  
CEP 01311-926 - São Paulo - SP  
Tel.: (11) 3285-2410 - Fax: (11) 3284-6826

41.JF.CIVIL.CENTRAL.SP-24-09-08-12:52-105993-2/2

negativa da Ré em firmar **Termo de Ajustamento de Conduta** que resultou do debate instaurado no **Inquérito Civil nº 14.161.805/07-3 (IC)**, promove a presente ação Civil Pública por entender caracterizada infração aos **artigos 6º, incisos IV e VI; 37, § 2º e 39, incisos I e IV da Lei nº 8.078/90** (Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC), **artigos 15 e 17 da Lei nº 8.069/90** (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

2. O entendimento do *Parquet* decorre da análise feita à publicidade da **PROMOÇÃO “É HORA DE SHREK”**, na qual a Ré promoveu a venda dos produtos (biscoitos) da marca **GULOSOS**, com o conhecido personagem infantil (Shrek), utilizando-se da mecânica promocional do tipo **“juntou embalagens + R\$ 5,00 = trocou por relógios”**, realizada no período de **12/06 a 19/08/2007**.

3. Na visão do Ministério Público, a campanha publicitária e comelata prática comercial são abusivas, contrárias, segundo o *Parquet*, aos dispositivos legais acima mencionados, especialmente porque, ainda segundo o *Parquet*, constituem-se em ‘venda casada’ proibida pelo CDC; aproveitam-se da inexperiência e deficiência de julgamento da criança para impingir-lhe produtos, violando ainda o direito da criança ao respeito aos valores e ao desenvolvimento moral.

4. O *Parquet* tece seus argumentos para justificar o pleito indenizatório, de **R\$ 785.315,50** (setecentos e oitenta e cinco mil, trezentos e quinze reais e cinquenta centavos), que corresponde a **50%** (cinquenta por cento) do faturamento obtido pela Ré em decorrência da **PROMOÇÃO “É HORA DE SHREK”**, conforme informado nos autos do mencionado IC.

5. Ao final, o *Parquet* pediu a procedência da ação Civil Pública, com acolhimento dos seguintes pedidos:

A) PEDIDOS PRINCIPAIS:

- III.1.A. Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos; sob pena de multa, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), devidamente corrigido até a data do recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89;**
- III.1.B. Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento; sob pena de multa, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por peça publicitária, devidamente corrigido até a data do recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89;**

**III.1.C. Condenação da ré a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, na forma do art. 84, § 1º, da Lei 8.078/90, mediante recolhimento de indenização no valor de R\$785.315,50, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do faturamento obtido com a venda de produtos da linha "Gulosos", da marca Bauducco, durante a vigência da promoção "É Hora de Shrek"; o valor da indenização deverá ser corrigido monetariamente de agosto de 2007 até a data do efetivo recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89.**

**B) PEDIDOS ACESSÓRIOS:**

- a) Seja determinada a citação e intimação postal da ré, nos endereços acima informados, a fim de que, com expressa advertência sobre os efeitos da revelia (CPC, art. 285) e no prazo de 15 (quinze) dias, apresente resposta, se lhe aprouver, aos pedidos ora deduzidos;
- b) Seja determinada a expedição e publicação no órgão oficial do edital de que trata o art. 94 da Lei 8.078/90, a fim de que eventuais interessados possam intervir como litisconsortes;
- c) A condenação da ré ao pagamento das custas processuais, devidamente atualizadas;

- d) A dispensa do autor ao pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, tendo em vista o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.
- e) Sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista, na Promotoria de Justiça do Consumidor, sediada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, sala 130, Centro, São Paulo/SP, à vista do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

6. Protestou por todos os meios de prova em direito admitidas e requereu a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII, CDC), atribuindo à causa, para efeito de alçada, o valor de R\$ 785.315,50.

## II - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

### **A) A SINTOMÁTICA AUSÊNCIA DE PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR:**

1. Nota-se a ausência, na inicial, de pedido de concessão de medida liminar, o que demonstra que a realização de promoção no formato questionado pelo *Parquet*, bem como sua publicidade, não representa risco de lesão a qualquer direito, inclusive fundamental das crianças.

2. Evidencia também que o *Parquet* pretende, em verdade, debater tese jurídica sem fundamentação jurídica

adequada, procurando amoldar a situação fática aos dispositivos legais mencionados na inicial.

3. Sendo assim, o *Parquet* deverá assumir os riscos e ônus da demanda, inclusive provando suas alegações, sob pena de responder por litigância de má fé e, por conseguinte, pelas verbas de sucumbência (artigos 16 e 17 do CPC, 18 e 19 da Lei nº 7.347/85).<sup>1</sup>

4. Em que pese o respeito que a Ré devota à cultura jurídica do DD. Representante Ministerial, é possível antever que a pretensão condenatória veiculada na inicial esbarra na falta de fundamentos jurídicos, eis que as alegações deduzidas resultam de interpretação subjetiva do *Parquet*, afrontando, inclusive, os mais caros preceitos constitucionais que amparam e autorizam o exercício livre da expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação (artigo 5º, inciso IX, CF/1988), da ordem econômica e livre concorrência (artigo 170, *caput* e inciso IV, CF/1988) e da manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação (artigo 220, CF/1988, certo que a hipótese dos autos não se amolda às hipóteses restritivas previstas no § 4º desse mesmo artigo).

---

<sup>1</sup> A fim de evitar abusos e incentivar o ajuizamento responsável de ação civil pública, a jurisprudência tem-se pautado pela condenação do MP como autor de ação civil pública julgada improcedente: **O MP, quando exerce a ACP, tem os mesmos poderes e ônus que as partes (CPC 81), devendo suportar a condenação no pagamento das despesas quando vencido na ACP (CPC 20);** como o MP é órgão do Estado, este responderá, cabendo oportunamente imputar o valor da condenação em sua verba orçamentária (TJRS, 1.<sup>a</sup> Câm.Cív., Ap 59200668-8, rel. Des. Araken de Assis, j. 16.3.1993, v.u., Boletim AASP 1806/317).

**B) O R. DESPACHO DE FLS. 570:**

1. Conforme r. despacho de fls. 570, V. Exa. analisou, em sede preliminar, a pertinência subjetiva da demanda e determinou (i) a citação via postal da Ré, sob pena de revelia, (ii) a publicação do Edital a que se refere o artigo 94 do CDC e (iii) a observância, pela Serventia, de realização pessoal das intimações ao *Parquet*, *in verbis*:

Vistos.

1-) Cite-se o Réu para contestar o feito, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revelia.

2-) Publique-se o edital a que se refere o artigo 94 de Lei nº 8.078/90.

3-) Defiro o pedido formulado à fl. 24, item "e".

Observe-se.

Int.

São Paulo, 16 de julho de 2.008

2. Foi determinada a citação postal da Ré, juntando-se o comprovante do SEED aos autos no dia 09/09/2008 (fls. 571, verso e 573), dando início à contagem do prazo para contestar (artigo 241, inciso I, Código de Processo Civil - CPC).

3. O Edital a que alude o artigo 94 do CDC foi afixado e publicado em 18 e 19/08/2008 (fls. 571, 571 verso e 572), respectivamente, dando conhecimento da lide a terceiros que, eventualmente, interessassem intervir no processo como litisconsortes.

4. O prazo de 20 (vinte) dias transcorreu *in albis* (findo em 08/09/2008), pois nenhuma manifestação de terceiros fora juntada nos autos até 16/09.

5. Agora, estabelecido o contraditório, demonstrará a Ré, com amparo no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que os pedidos formulados na presente ação Civil Pública não poderão prosperar, notadamente porque a narrada situação de abusividade não está presente na promoção, nem na publicidade questionada.

6. Será demonstrado também que a Ré não violou quaisquer dos dispositivos legais apontados inicial, concretizando apenas ações usuais de *marketing*, dentro dos padrões praticados por todos os anunciantes do País, indistintamente, que produzem, divulgam e realizam promoções semelhantes para incremento das vendas de seus produtos, ainda que destinados ao público infantil.

### III - ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES SOBRE A RÉ E A PROMOÇÃO "É HORA DE SHREK"

#### **A) ORIGEM DA PANDURATA ALIMENTOS LTDA.:**

1. A Ré, **PANDURATA ALIMENTOS LTDA.**, é a atual denominação social de **BAUDUCCO & CIA. LTDA.**, que detém, dentre outras, a tradicional marca **BAUDUCCO**. Conta atualmente com três unidades industriais em Guarulhos (SP) e uma em Extrema (MG), onde industrializa

mais de 100 produtos alimentícios, através de linhas de produção que estão entre as mais modernas do mundo, com equipamentos de altíssima tecnologia e de uma permanente preocupação com o controle da qualidade nutricional dos alimentos que produz.

2. A **BAUDUCCO**, fundada em 1952, é tradicional empresa de capital nacional, bastante conhecida em razão da produção industrial do "Panettone Bauducco", presente na época de Natal na maioria dos domicílios dos brasileiros.

3. Apesar dos mais de 50 anos de vida, a empresa mantém aceso o mesmo espírito competitivo e continua a investir em pessoas, em novos produtos, em tecnologia e no respeito aos consumidores.

4. São produtos que gozam da inteira confiança dos consumidores que, ao adquirirem produtos assinalados com a marca **BAUDUCCO**, estarão também consumindo produtos de altíssima qualidade.

5. Portanto, não há espaços para afirmar que o sucesso da Ré, dos produtos ou promoções que ela realiza resulte de modismos, ou de práticas comerciais abusivas, simplesmente porque não há empresa ou produto que consiga sobreviver no acirrado ambiente competitivo sem que seus produtos sejam efetivamente confiáveis do ponto de vista da qualidade e dos respectivos valores nutricionais.

6. A Ré atua no mercado com responsabilidade, oferecendo produtos de alta qualidade, mesmo porque sabe que o público infantil representa substancial parcela de consumidores de seus produtos.

7. E em matéria comercial e publicitária a Ré apenas realiza aquilo que é usualmente praticado por todo o mercado, inclusive seus concorrentes, visando a disputa lícita pela preferência do público consumidor, realizando promoções comerciais cuja mecânica é bastante conhecida e culturalmente aceita.

**B) ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES  
SOBRE DA PROMOÇÃO “É HORA DE  
SHREK” E SUA MECÂNICA:**

1. Apesar da tradição que tem no segmento alimentício, a participação de mercado da Ré dos produtos com a marca BAUDUCCO voltados ao público infantil é bastante inexpressiva.

2. Segundo os dados de *share* (fatia) de mercado, ela participa com apenas 4% (quatro por cento) de todos os produtos do gênero alimentício comercializados para o público infantil no país.

3. Assim, desejando alcançar maior participação nesse mercado,<sup>2</sup> a Ré adotou prática promocional usual, bastante conhecida do público, tal como fazem diversas empresas do segmento de alimentos, associando aos seus produtos personagens da animação SHREK que pertencem ao universo infantil.

---

<sup>2</sup> O Direito não reprime a obtenção de lucro que é, segundo lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, uma imposição lógica e justa, fruto da atividade produtiva da empresa (*apud* 'DIREITO DO MARKETING: UMA ABORDAGEM JURÍDICA DO MARKETING EMPRESARIAL', Fernando Gherardini Santos, Editora RT, 2000, 1. edição, pág. 123).

4. SHREK é um ogro,<sup>3</sup> personagem simpático, amoroso, amigo, sincero e brincalhão, portanto adequado a transmitir valores positivos ao público infantil, inclusive quando associado a determinado produto.

5. A prática da venda promocional é lícita, adotada em diversos segmentos e por muitos Anunciantes do País que disputam, tal qual a Ré, a preferência dos consumidores, impulsionados pelos princípios constitucionais da não censura, da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência.<sup>4</sup>

6. A promoção "É HORA DE SHREK" foi concebida segundo mecânica simples, sem sorteio, possibilitando o acesso ao relógio a qualquer um que cumprisse os requisitos de participação: bastava juntar 5 (cinco) embalagens de qualquer dos produtos da linha GULOSOS, mais R\$ 5,00 e efetuar a troca num dos postos de troca divulgados por ocasião de sua realização (conforme REGULAMENTO DA PROMOÇÃO – fls. 61/70 dos autos).

7. Sua duração foi curta, prevista para período determinado, pouco mais de 02 (dois) meses, com início em 12 de junho e término em 19 de agosto de 2007.

8. Foi também divulgada nas principais emissoras de televisão do país, dentre outros meios, alcançando todo o território nacional, demonstrando, com isso, que o escopo da promoção não era seletivo, mas integrativo, possibilitando,

<sup>3</sup> Segundo Dicionário Eletrônico Michaelis: ogre • (ô) sm (fr ogre) fam Bicho-papão, ente fantástico. Var: ogro.

<sup>4</sup> Conforme disposto nos artigos 5º, incisos IV e IX, 170, caput e inciso IV, CF/1988.

como antedito, a participação do maior número de consumidores, de todas as classes sociais.

9. Assim, todo aquele que atendesse aos seus requisitos de participação na promoção poderia optar por exercer essa faculdade e obter um relógio ilustrado com o tema Shrek ou dos outros 03 personagens desse mesmo filme.

10. Nenhum consumidor estava obrigado a participar da promoção, mera **faculdade**, portanto, que, se não exercida, não impunha qualquer restrição ou sanção ao não participante.

11. A mensagem publicitária foi concebida de forma clara, conforme demonstram os documentos de fls. 72, 73 e 509 dos autos:

- “Você já sabe que horas são?  
Junte 05 embalagens de produtos Gulosos + 5 Reais e troque por um RELÓGIO SHREK!

12. Assim, durante seu período de duração (**09 semanas**), a família que adquiriu 05 embalagens econômicas (170g ou 360 g) de biscoitos “**GULOSOS**”, com mais R\$ 5,00 poderia trocá-las por um relógio do Shrek, mas a que adquiriu 05 embalagens de wafer (com 40g cada), com mais R\$ 5,00 também poderia fazê-lo.

13. Nota-se, portanto, que a promoção foi concebida de forma absolutamente ampla, integrativa e democrática a permitir a participação do maior número de pessoas possível, inclusive das classes C e D, para as quais o

relógio poderia representar o presente de aniversário da criança,<sup>5</sup> pelo simbólico valor dos biscoitos + R\$ 5,00.

14. Cabe ressaltar que 57% das trocas deram-se por conta da aquisição das embalagens **menos onerosas** para o consumidor (embalagens de menor peso), conforme abaixo:

<b>Categoria</b>	<b>pacotes trocados</b>	<b>%</b>
Recheados 170g	768.129	39%
Recheados 360g	74.165	4%
Mini wafer 40g	363.538	18%
Bolinho 160g(4x40g)	434.972	22%
Bolinho 40g	331.171	17%
<b>TOTAL</b>	<b>1.971.975</b>	<b>100%</b>

15. Esses dados demonstram que grande parte das trocas (57%) foi realizada sem gerar onerosidade excessiva aos consumidores, beneficiando, em especial, a parcela da população com menor poder aquisitivo.

16. Há também que se destacar que, embora os produtos da referida linha sejam direcionados ao público infantil, sua aquisição, nos pontos de venda, se dava pelos respectivos **pais, tutores ou responsáveis**, sabendo-se que a estes cabem a escolha (e aquisição) dos produtos consumidos pelos filhos.

<sup>5</sup> Em conformidade, assim, com o disposto no artigo 3º, inciso IV, CF/1988.

17. Aliás, a hiposuficiência econômica demonstra que as crianças, por vontade própria, **não adquirem** quaisquer bens de consumo, cabendo aos pais fazê-lo, decidindo o que disponibilizam aos seus filhos.<sup>6</sup>

18. A condição de hiposuficiência das crianças impõe reconhecer também a inteira dependência destas a tudo o que diz respeito a consumo de bens e produtos, cabendo **aos pais** a responsabilidade pela decisão, livre e consciente, de aquisição daquilo que devem ou não oferecer aos seus filhos.

19. É natural que seja assim nos Estados Democráticos de Direito, onde a sociedade conduz seu destino, fazendo suas próprias escolhas livremente, conforme leciona o i. Prof. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR:

“Liberdade, nestes termos, opõe-se à **tutela** estatal. Ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, **mas jamais substituir-se ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação**. Daí a proibição da censura de forma irrestrita: *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*. Afinal, a censura, como instituição estatal, própria dos regimes autoritários, sempre busca justificativas na necessidade

<sup>6</sup> Segundo o Novo Código Civil (Lei n° 10.406/02), art. 1.566, inciso IV, são deveres de ambos os cônjuges o sustento, **guarda e educação** dos filhos; e art. 1.567, dispondo que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. No Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n° 8.069/90), observam-se que iguais deveres competem **aos pais** (v. artigos 19 e 22).

(utópica e sempre frustrante) de educar os adultos. Mas, como bem diz Hannah Arendt, “quem quer que queira educar os adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política” (cf. Entre o Passado e o Futuro, São Paulo, 1972, p. 225)”.<sup>7</sup>

20. Feitas estas considerações preliminares, nota-se que o sistema constitucional vigente não permite que o *Parquet*, ou qualquer outro instituto ou órgão de defesa do consumidor, por mais nobres que sejam seus propósitos, interfira na livre escolha familiar de pessoas capazes (pais, tutores ou responsáveis).

21. Equivale dizer que não cabe ao Estado impor sua visão sobre questões que, *de lege lata*, cabe aos pais decidir, pois, como se infere da lição do Prof. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, o exercício da cidadania – que é um dos traços do Estado Democrático de Direito – somente se materializa através do exercício livre de escolhas.

### C) OS ASPECTOS LÚDICOS E EDUCACIONAIS DA PROMOÇÃO:

1. Além de não impingir qualquer obrigação aos consumidores, porque a participação na promoção era inteiramente **facultativa** (*facultas agendi*), nem exigir-lhes a aquisição condicionada de produtos, a promoção **É HORA DE SHREK** teve propósito educacional, instigando as crianças a **aprenderem, de forma lúdica, a leitura das horas.**

<sup>7</sup> PARECER publicado em “Garantias constitucionais à liberdade de expressão”, publicação do CONAR, São Paulo, 2000, pág. 12.

2. É o que claramente se conclui do mote principal da mensagem:

• ***“Você já sabe que horas são?”***

3. A promoção proporcionou oportunidade para aprendizado da leitura das horas, além de promover a integração entre pais e filhos, aproximando-os no convívio familiar para atendimento desse propósito.

4. E tudo o que se fez para divulgar a promoção deu-se em contexto altamente participativo e positivo.

5. A propósito de deixar claro o caráter educacional da promoção, confira-se entrevista divulgada pelo Portal Fator Brasil, em 13/06/2007 (fls. 510 ), na qual o Gerente de Produto da linha “**GULOSOS**” abordou o correto significado da promoção:

*“Desde 2004 o personagem Shrek está presente em nossa linha de produtos.*

.....

*Escolhemos o relógio como prêmio porque acreditamos que além do seu valor percebido elevado, **possui também um valor educacional.** A criança sai com ele na rua, vai à escola, mostra aos amigos e **começa a aprender a ver as horas**”. (n.g.)*

6. É importante notar a forma delicada com que a marca se aproximou da criança, respeitando sua sensibilidade, suas características psicológicas, tratando com apreço o consumidor de seus produtos.

7. Chega-se a igual conclusão com a leitura da matéria publicada pelo site [www.guiadasemana.com.br](http://www.guiadasemana.com.br), em 12/06/07, enaltecendo as características da promoção (fls. 511):

“A Empresa faz campanha É Hora de Shrek, voltada ao público mirim e **estimula o aprendizado da garotada**. Esta é a proposta da Bauducco para crianças entre 5 e 8 anos que estão em uma das mais importantes fases de crescimento, **onde os estímulos culturais, o entretenimento e a convivência com os pais são muito importantes**.

A Bauducco inovou ao escolher uma coleção de relógios personalizados para sua nova promoção. Além de se divertir com os personagens do filme Shrek, **a criança aprende a ver as horas, reconhece as figuras do filme, reforça o aprendizado das cores** (os relógios estão disponíveis nas cores vermelha, verde, laranja e roxo). Além disso, **grande parte dos produtos da linha Gulosos é enriquecida com vitaminas e cálcio contribuindo para a alimentação da criança**”. (n.g.)

8. Foi com esse intento que a promoção foi concebida, realizada e divulgada, criando uma relação absolutamente normal, educativa, lúdica e inteiramente adequada entre a marca, a promoção e o seu público consumidor.

9. Por conta disso, impressiona, negativamente, a afirmação de que o relógio seria “inútil” para uma criança que ainda não saber ver a horas.

10. Seja qual for a idade ou fase de crescimento, a criança tem sempre o direito de aprender.

#### IV – NO MÉRITO:



**A) SOBRE O ARTIGO 6º, INCISOS  
IV e VI, CDC:**

1. Cabe ressaltar, *ab initio*, que o questionamento do *Parquet* não recai sobre a qualidade da informação (enganosidade) na divulgação da promoção **É HORA DE SHREK**.

2. Assim, pretende o *Parquet* atribuir incidência residual do artigo 6º, incisos IV e VI ao caso *sub examine*, reputando abusiva a publicidade, o que a Ré entende absolutamente descabido, conforme restará demonstrado nos termos desta contestação.

3. Os direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º e incisos do CDC, foram inteiramente respeitados, inclusive no que se refere à prestação de informações adequadas e claras sobre a promoção e sua mecânica (inciso III).

4. E os demais direitos básicos do consumidor foram igualmente preservados, inclusive os que estão previstos no artigo 6º, incisos IV e VI, CDC.

**B) CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRÁTICA  
COMERCIAL CONHECIDA POR  
PROMOÇÃO:**

1. A alegação de abusividade da promoção e de sua publicidade decorre exclusivamente da forma subjetiva e parcial com que o *Parquet* analisou a matéria, não sendo juridicamente sustentável.

2. No entendimento do *Parquet*, a publicidade e a prática comercial da PROMOÇÃO “É HORA DE SHREK” são abusivas porque seriam contrárias ao que estabelecem os artigos 6º, incisos IV e VI; 37, § 2º e 39, incisos I e IV da Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), artigos 15 e 17 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

3. Segundo o *Parquet*, a mecânica da promoção (*juntou embalagens + R\$ 5,00 = trocou por relógio*) caracteriza-se como *venda casada*, pois somente pela aquisição conjunta e compulsória de 05 (cinco) produtos da linha Gulosos os pequenos consumidores poderiam adquirir os colecionáveis relógios Shrek, obrigando os consumidores a comprarem o alimento sempre que desejarem obter um dos relógios da promoção.

4. Ainda conforme o *Parquet*, mesmo se tratando de “brinde”, sem pagamento de valor adicional, não poderia haver estímulo a um desejo autônomo de sua aquisição, de forma a possibilitar que o brinde fosse tomado por acessório em relação ao produto principal vendido pelo fornecedor anunciante.

5. Inicialmente é preciso analisar o que se entende por prática abusiva no sistema do CDC.

6. Segundo ANTONIO HERMANN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, as práticas abusivas são variadas, apresentando conceito fluido e flexível, impondo maior

dificuldade ao legislador e aos juízes, importando no seguinte conceito:

“Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São – no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz – “condições irregulares de negociação nas relações de consumo, condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.”<sup>8</sup>

7. A leitura destas únicas considerações doutrinárias é suficiente para demonstrar a V.Exa. que a promoção realizada pela Ré nada tem de abusiva.

8. Senão, vejamos:

9. Para que pudesse ser afirmada a abusividade da prática comercial conhecida por promoção, necessariamente haveria que ser reconhecida sua *desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor*. Ora, como sustentar tal afirmação, sabendo-se que inúmeras empresas do País, incluindo a Ré, promovem a venda de seus produtos adotando essa mesma prática comercial?

10. Será, então, que todas as empresas que fazem igual promoção estão agindo ilegalmente?

---

<sup>8</sup> “Código de Defesa do Consumidor”, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alli*, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1992, 2ª edição, pág. 218

11. Certamente que não, o que mostra uma vez mais que a posição defendida pelo *Parquet* é isolada.

12. Como sustentar que a prática comercial da venda incentivada por promoção seria abusiva, se nela estão presentes mecanismos regularmente praticados por inúmeros fornecedores anunciantes e bastante conhecidos do público?

13. Veja o que ocorre com o exemplo dos **OVOS DE PÁSCOA** que são comercializados há décadas no País, com semelhante apresentação comercial (chocolate associado à figura de um personagem infantil + brinde).

14. Trata-se de prática usual adotada para atrair, **licitamente**, a atenção e preferência do público infantil sobre determinado produto.

15. Não há, no exemplo dado, a possibilidade de aquisição separada do brinde que entra apenas como elemento promocional da venda do chocolate, que é o produto motivador da venda.

16. Obviamente que nenhum consumidor daria sua preferência por um determinado produto se este, *de per se*, não lhe entregasse qualidade à altura, pois, como antedito, o fator principal que motiva a venda é o **produto** (chocolate) e não o seu acessório (brinde).

17. Veja também o exemplo do conhecido **KINDER OVO**, da Ferrero, que vende pequenos ovos de chocolate **juntamente** com brindes ao consumidor.

18. Por fim, o exemplo da conhecida campanha dos **MAMÍFEROS**, da Parmalat, realizada em 1995, também concebida e realizada na modalidade **“juntou embalagens + R\$... = troca por bichinhos de pelúcia”**.

19. Em todos esses casos o brinde era um componente da promoção que não poderia, como efetivamente não pode, ser adquirido separadamente. E jamais houve semelhante questionamento em relação a essas ações promocionais, até porque **nenhuma** norma legal impede que elas sejam realizadas.

20. Então não é possível afirmar abusividade, seja porque os alicerces da ordem jurídica não foram desrespeitados, seja porque a promoção foi concebida e realizada à luz da boa-fé, do respeito aos preceitos da ordem pública e dos bons costumes.

21. E se essa prática comercial é realizada sem qualquer contestação ou impedimento legal, é porque incide o **princípio da legalidade** que autoriza a prática de qualquer ato que não seja vedado por lei (artigo 5º, inciso II, CF/1988).

22. É estranho, portanto, que o *Parquet* tenha escolhido a campanha da Ré para acoimá-la de abusiva, enquanto outras campanhas publicitárias, inclusive perenes, são realizadas sem semelhante questionamento.

23. É tal o absurdo da pretensão deduzida nos itens III, 1.A e B da inicial que seu acolhimento, *ad argumentandum tantum*, significaria impor **regra restritiva de concorrência apenas à Ré**, rompendo com os princípios da

isonomia e da livre competição, enquanto todos os demais fornecedores e anunciantes poderiam livremente realizar semelhante promoção, eis que não atingidos pela malsinada restrição.

24. A prática promocional é adotada por diversos anunciantes e a Ré nada mais fez senão repeti-la, fazendo lembrar a feliz lição de MAQUIAVEL:

“Caminham os homens, em geral, por estradas já trilhadas. Aquele que é prudente, desse modo, deve escolher os caminhos já percorridos pelos grandes homens, e copiá-los; sempre muito é aproveitado, ainda que não se possa seguir fielmente esse caminho, nem alcançar inteiramente, pela imitação, as virtudes dos grandes.”<sup>9</sup>

### C) A NÃO OCORRÊNCIA DE VENDA CASADA:

1. *Data maxima venia*, o entendimento que o *Parquet* faz a respeito da venda casada é **equivocado**.

2. A prática comercial apresentada na promoção **É HORA DE SHREK** não se enquadra no dispositivo legal que proíbe a venda casada.

3. Segundo lição do e. Des. RIZZATTO NUNES, a hipótese tratada no inciso I, do artigo 39, CDC,

<sup>9</sup> ‘O Príncipe’, MAQUIAVEL.

pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separadamente::

“É preciso, no entanto, entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados. O lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. **Da mesma maneira, o chamado ‘pacote’ de viagem oferecido por operadoras e agências de viagens não está proibido. Nem fazer ofertas do tipo ‘compre este e ganhe aquele’.**”<sup>10</sup>

4. *In casu*, a promoção **É HORA DE SHREK** equivale à oferta **‘compre este e ganhe aquele’**, modalidade, como acima visto, **permitida** no sistema do CDC.

5. Diante disso, a hipótese da **venda casada** simplesmente não ocorre se um dos produtos **não é vendido**: e é sabido que **a Ré não vende relógios**, mas sim produtos alimentícios, o que é notório.

6. E não é crível, nem verossímil, que algum consumidor fosse procurar a Ré para adquirir relógios. A alegação exprime absurdo em si mesma!

7. Ademais, do conceito acima infere-se que a noção clássica de **venda casada** é aquela em que o fornecedor vincula a entrega de um determinado produto à **aquisição conjunta** de outro.

<sup>10</sup> “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, RIZZATTO NUNES, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, 2ª edição, pág. 474.

8. Num singelo exemplo, estaria incurso na norma do artigo 39 o fornecedor que somente vendesse um saco de feijão se o consumidor adquirisse, no mesmo ato, um saco de arroz. É isso o que a lei, no artigo 39, quer proibir.

9. Assim, a hipótese de venda casada não está caracterizada com a realização da promoção, realizada sem impor *condições irregulares de negociação nas relações de consumo*, pois tratava-se nitidamente de oferta facultativa de aquisição de biscoitos, na qual o relógio era oferecido apenas como brinde, ao custo previamente informado de R\$ 5,00 (cinco reais).

10. Cabe ressaltar que o paradigma jurisprudencial apontado pelo *Parquet* para demonstrar a suposta abusividade das promoções comerciais (Apelação Cível nº 70009592916, Nona Câmara Cível do TJRS – fls. 09 dos autos), **não se aplica ao caso tratado nos autos.**

11. Infere-se da ementa do julgado que a editora foi condenada não pela realização da promoção (tipo “assine e ganhe uma viagem”), mas sim em razão da **enganosidade pelo não cumprimento da promessa** porque a companhia aérea que faria o voo prometido pela editora deixou de operar, recaíndo, então, a responsabilidade sobre a referida editora.

12. Situação diametralmente oposta à que o *Parquet* pretendeu demonstrar.

13. Portanto, a alegação de venda casada não poderá ser acolhida, **máxime porque a Ré não comercializa**

**relógios**, e porque seria impossível vendê-lo separadamente pelo valor simbólico por R\$ 5,00.

14. Também não se aplica ao caso dos autos o ocorrido com o MC DONALD'S junto ao Ministério Público Federal.

15. O caso é diverso, não favorece a tese do *Parquet* e não estabelece vinculação jurídica com o caso presente.

16. Segundo se colhe dos documentos anexados ao IC, a empresa MC DONALD'S consentiu, por sua exclusiva liberalidade, mas **sem reconhecer a prática de qualquer ato ilícito** (fls. 112, 'CONSIDERANDO', letra 'd'), firmar 'Termo de Ajustamento de Conduta' com o MPF, obrigando-se, simplesmente, a oferecer, de forma avulsa, o brinquedo ou surpresa.

17. MC DONALD'S não ficou impedido de realizar a venda de seu sanduíche acompanhada do brinquedo ou surpresa (como faz até hoje).

18. MC DONALD'S não se comprometeu a ressarcir um único ceitil ao MPF, assinou o TAC por liberalidade e sem reconhecimento de culpa.

19. A Ré, apesar de não reconhecer a ilicitude da promoção **É HORA DE SHREK** (fls. 562/564), sempre atendeu e esteve presente nas solicitações que o *Parquet* fez na fase do IC, tendo se colocado à disposição para estudar a assinatura de eventual "Termo de Ajustamento de Conduta" (fls. 548).

20. Todavia, foi surpreendida com o texto encaminhado via email em 16/01/08 (fls. 553/555), pelo *Parquet*, cuja minuta, por não constar dos autos, é agora apresentada (doc. 01) e transcrita em seus trechos principais:

**“1. DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER:**

**1.a.** A compromissária assume a obrigação de não fazer consistente em se abster de realizar campanhas publicitárias ou promocionais que condicionem à aquisição de seus produtos o recebimento, com ou sem pagamento complementar, de outro produto estranho às atividades relacionadas com o seu objeto social.

**1.b.** A compromissária assume a obrigação de não fazer consistente em se abster de realizar campanhas publicitárias ou promocionais que estimulem o consumo de seus produtos mediante captação do interesse ou da vontade do consumidor infantil ou juvenil por meio de oferta, gratuita ou onerosa, de outro produto estranho às atividades relacionadas com o seu objeto social.

**1.c.** Estipula-se, em caso de descumprimento de qualquer das obrigações de não fazer neste ato ajustadas, multa diária no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), enquanto perdurar o inadimplemento.

**1.d.** A multa estabelecida na cláusula 1.c. supra sofrerá atualização monetária até o dia do seu efetivo pagamento, pelos índices da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e reverterá ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados previsto no art. 13 da Lei n° 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual n° 6.536/89.

**2. DA OBRIGAÇÃO DE DAR.**

2.a. A título de reparação dos interesses difusos lesados pela campanha publicitária tratada no presente inquérito civil (designada por “**Promoção é Hora de Shrek**”), a compromissária assume a obrigação de dar coisa fungível, consistente na importância de R\$550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais), à ASSOCIAÇÃO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM TUMOR CEREBRAL – TUCCA, entidade civil sem fins lucrativos, registrada no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda sob o nº 03.092.662/0001-27, sediada na Avenida Nove de Julho, nº 4275, CEP 01407-100, nesta Capital e Comarca, mediante depósito na conta corrente 4919-0, agência 2842-8 (Banco Bradesco)<sup>11</sup>.

2.b. Para cumprimento da obrigação objeto da cláusula 2.a supra, fica ajustado o prazo de 30 (trinta) dias contados da homologação do presente termo pelo E. Conselho Superior do Ministério Público, obrigando-se a compromissária a comprovar nos autos o cumprimento dentro dos 10 (dez) dias subsequentes.

2.c. A compromissária incorrerá em multa diária, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso na comprovação do cumprimento da obrigação de que trata a cláusula 2.a supra.

2.d. A multa de que trata a cláusula 2.c supra sofrerá atualização monetária até o dia do seu efetivo pagamento, pelos índices da tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e reverterá em favor da beneficiária da obrigação de dar, a associação ASSOCIAÇÃO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM TUMOR CEREBRAL – TUCCA.”

21. Por razões óbvias a Ré não concordou com a proposta feita pelo *Parquet*.

<sup>11</sup> <http://www.tucca.org.br/doacao/index2.htm>;  
(acesso no dia 27 de dezembro de 2007).

<http://www.tucca.org.br/>

22. Sobre a proposta, a Ré se manifestou ainda na fase do IC (fls. 562/564), reiterando suas razões de discordância e informando que não assinaria o TAC proposto pelo *Parquet*, a não ser que seu texto fosse reformulado, nos moldes do TAC assinado pelo Mc Donald's (fls. 112/116).

23. Assim, fica claro que a Ré, na fase do IC, não se opôs a assumir igual compromisso, mas o faria **desde que** (i) não ficasse reconhecida a prática de qualquer ato ilícito, (ii) não fosse compelida a realizar qualquer ressarcimento e (iii) sem que fosse impedida de realizar nova promoção com semelhante formato.

24. Como V.Exa. pode notar, a proposta que o *Parquet* apresentou à Ré, diferentemente do ocorrido no caso MC DONALD'S, era **onerosa e restritiva dos direitos da Ré**, que fere, inclusive, dispositivos constitucionais.

25. A Ré não a aceitou porque não reconhece a ilicitude da sua conduta e porque ficaria em desvantagem concorrencial.

**D) DA NÃO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 2º, DO CDC:**

1. Os esclarecimentos acima evidenciam, *de per se*, que as alegações do *Parquet* também em relação à publicidade abusiva não se sustentam, encontrando-se desalinhadas com a melhor exegese dos referidos preceitos legais e constitucionais.

2. E aqui também se evidencia a interpretação apenas subjetiva e parcial como suporte da matéria analisada.

3. É preciso lembrar que o CDC veio estabelecer, no ordenamento jurídico, normas específicas de **harmonização** das relações de consumo, deixando claro que também o fornecedor é titular de direitos e parte essencial na formação dessa relação: seus interesses e direitos não podem ser deixados de lado pelo aplicador da lei.

4. Portanto, qualquer análise que se realize sobre a matéria deve encontrar apoio na razoabilidade, ponderação, coerência e harmonização, palavras-chave para o aplicador da lei na manutenção do equilíbrio das relações de consumo.<sup>12</sup>

5. Segundo lição de ANTONIO HERMANN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN, o conceito de publicidade abusiva ainda é *“uma noção plástica, em formação”*,<sup>13</sup> revelando o elevado grau de subjetividade envolvido na questão.

6. Subjetividade que, diga-se *en passant*, não oferece segurança alguma para embasar a afirmação de abusividade da publicidade.

---

<sup>12</sup> Confira-se a Profª. CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime Das Relações Contratuais”, São Paulo, Editora RT, 5ª edição, 2006, págs. 598/599.

<sup>13</sup> Autor e obra citada, pág. 208.

7. Analisando de forma isenta a publicidade veiculada pela Ré, é possível concluir pela não ocorrência de qualquer infração ao artigo 37, § 2º, CDC.

8. Primeiro, porque a realização de promoção, com entrega de brinde, não ofende a ordem pública, não é antiética, nem pode ser considerada opressiva ou inescrupulosa, ainda que tenha como alvo o público infantil.

9. Nem mesmo a associação do personagem SHREK à marca de biscoitos pode ter afrontado a dignidade ou quaisquer outros valores fundamentais das crianças, sabendo-se, de antemão, que esse personagem integra, como outros tantos, o imaginário desse público, transmitindo-lhe valores manifestamente adequados e pertinentes ao desenvolvimento normal das crianças.

10. Tanto isso é verdade que o filme SHREK recebeu classificação indicativa **LIVRE** pelo Ministério da Justiça.

11. Segundo (e definitivo): o **CDC não proíbe a chamada “oferta combinada”**, mas apenas seu desvio (venda casada),<sup>14</sup> conforme esclarece a Profª. CLÁUDIA LIMA MARQUES, embasada na lição de HERMANN E BENJAMIN.

12. Se isso não fosse suficiente para evidenciar o acerto da ação promocional, cabe ser observado que a aferição da abusividade deve ser feita à luz da valoração da

---

<sup>14</sup> Conforme esclarece CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 2006, pág. 815 – nota 275, embasada na lição de BENJAMIN, CDC, Forense, pág. 140.

maioria, nunca com base no entendimento de grupos isolados, como é o caso do Instituto Alana que representou junto ao *Parquet* visando a instauração do IC.

13. Na lição do e. Prof. FÁBIO ULHOA COELHO, o desconforto individualizado de alguns, mesmo que seja de parcela da população, **não basta** à caracterização da abusividade:

“Acentue-se que o desconforto de parcelas de telespectadores, diante de determinado anúncio publicitário, não configura, por si só, o ilícito da abusividade.

....

Em outros termos, apenas o desconforto provocado no telespectador em função da agressão de valor da sociedade em geral pode ser considerado na aferição da abusividade. O (desconforto) provocado em determinados segmentos dos espectadores, em decorrência apenas de preconceitos ou problemas pessoais, intimamente relacionado com o perfil psicológico deles, não caracteriza o ilícito.”<sup>15</sup>

14. Isso equivale dizer que a tutela da abusividade fica limitada aos valores relevantes **para o todo ou para a maior parte da sociedade**, extraídos de um contexto realista e com um mínimo de objetividade. Jamais de meras ilações.

<sup>15</sup> ‘O Empresário e os Direitos do Consumidor’, FÁBIO ULHOA COELHO, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 1ª edição, pág. 272 – destaques nossos.

15. Cabe indagar, diante da característica extremamente heterogênea da sociedade brasileira, quais seriam os valores sociais relevantes colocados em risco, se a prática comercial e a publicidade realizada pela Ré encontram-se em grau de igualdade com tantas outras promoções semelhantes, realizadas diariamente sem qualquer contestação?

16. Novamente é oportuno citar lição do e. Prof. FÁBIO ULHOA COELHO, ao ponderar que a diversidade de classes, agrupamentos, ideologias e muitas outras segmentações confere colorido plural, diversificado e dialético à sociedade, **inexistindo**, a rigor, valores universais e atemporais.

17. Dessa forma, sugere o i. jurista a seguinte postura ao intérprete:

“encontrar o padrão, o mais próximo possível da realidade dos fatos culturais, para delinear os contornos de sua incidência. Em outras palavras, é tarefa da doutrina construir o conceito tecnológico de *valores da sociedade*, apesar das infindáveis interessantes questões suscitadas pela riqueza do tema.”<sup>16</sup>

18. O Ministério Público simplesmente não pode **desconsiderar** a realidade dos fatos culturais na aferição concreta da abusividade, nem pretender que a sua visão se sobreponha à da maioria.

19. Assim, qualquer análise da publicidade deve ser feita tomando-se em consideração os valores já aceitos e

---

<sup>16</sup> Autor e obra citados, págs. 269/270.

praticados pela maioria da sociedade, sem apegos ou exageros críticos, sob pena de impor à maioria entendimento isolado, arbitrário, ensejando o desvio de interpretação da norma legal.

20. Não se distanciar do contexto cultural é regra que o intérprete não pode deixar de observar, sabendo-se que **cada sociedade tem seus controles de tolerância, moldados pelos fatos de sua realidade.**

21. O que foi afirmado demonstra que a interpretação deduzida na inicial situa-se muito além do lógico e do razoável, evidenciado que o *Parquet* adota, na conceituação e valoração do que seja a abusividade, conceitos pessoais.

22. Em suma, o Ministério Público preencheu os vazios deixados pelo legislador de forma manifestamente pessoal e subjetiva, para atender seu peculiar interesse na demanda.

23. A propósito de demonstrar que essa forma de análise não pode prosperar, é oportuna a lição de HERALDO GARCIA VITTA, esclarecendo que os agentes públicos deverão **“valorar os fatos segundo as concepções dos homens, e não mediante ideologias próprias, pessoais. Se o agente público se encontra numa função, a qual tem o correlato dever, suas impressões pessoais devem ceder para a do padrão médio da sociedade”** (‘Aspectos da Teoria Geral do Direito Administrativo’, pág. 74).<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> O mesmo autor reafirma esse pensamento noutra sua obra: “valorar os fatos segundo as concepções da sociedade, e não mediante ideologias próprias, pessoais. Como o agente público encontra-se numa função pública, com a qual tem o correlato dever, suas concepções devem ceder para a do padrão médio da

24. Da mesma forma pensa a i. Prof<sup>a</sup>. LUCIA VALLE FIGUEIREDO, advertindo que:

“o intérprete não pode preencher os conceitos plurissignificativos (que dependem de interpretação) com seus próprios *standards*, pois se for moralista demais poderá resolver proibir aquilo que entende por nocivo à moralidade pública, dentro de sua ótica, e desconsiderar valores existentes na própria comunidade social, para que predominem os seus.”<sup>18</sup>

25. Então, desconsiderar fatores culturais preexistentes e amplamente aceitos na sociedade, ignorar a capacidade de discernimento e livre escolha de agentes capazes (pais e responsáveis) e preencher o vazio legislativo com conceitos pessoais excessivamente críticos, remete ao exercício arbitrário do direito de ação (exercício abusivo de direito).

26. Esse estranho modo de agir assume maior gravidade em razão da finalidade sancionatória do procedimento preliminar (IC) e do pedido condenatório apresentado nesta demanda.

27. E melhor teria sido se, antes de firmar posição na conclusão da abusividade, o *Parquet* tivesse considerado que a prática promocional é amplamente realizada e aceita pela sociedade brasileira e que milhares ou milhões de

---

sociedade, numa certa época e determinado lugar.” (‘A SANÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO’, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pág. 97).  
<sup>18</sup> ‘Curso de Direito Administrativo’, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, 4. edição. págs. 197/198.

consumidores compreenderam-na muito bem dentro daquilo que ela efetivamente representa.

28. Deve ser destacado que a incitação proscrita no artigo 37, § 2º, CDC, deve ser de tal forma concebida que se torne irresistível ao homem médio, conforme esclarece o Prof. WALTER CENEVIVA:

*“Que incite* - A publicidade abusiva instigará ou estimulará, **de modo eficaz e atual**, uma das ações indicadas no parágrafo. **A instigação ou estímulo devem conter tal habilidade que se caracterize sua irresistibilidade para o homem médio comum, sensato e razoável.**”<sup>19</sup>

29. Como se nota, para que possa ser considerada abusiva é preciso que a publicidade (e, *in casu*, a prática comercial correlata) seja apta a instigar ou estimular, **DE MODO EFICAZ E ATUAL**, a uma das ações indicadas no referido parágrafo 2º, sendo que a instigação ou estímulo devem ser de tal habilidade que se caracterize sua **IRRESISTIBILIDADE** para o homem médio comum, sensato e razoável.

30. O papel do **homem médio** deve ser entendido como o do *pai, tutor ou responsável* que exerce o poder de decisão sobre os filhos que se encontram sob sua guarda, escolhendo **o que e como consumir** produtos destinados aos filhos, hipossuficientes também no aspecto econômico-financeiro.

<sup>19</sup> “Publicidade e Direito do Consumidor”, São Paulo:, Editora RT, 1. edição, 1991, págs. 128/129 – destaques nossos.

31. E nem se diga que crianças exercem pressão “irresistível” sobre os pais, pois para aceitar isso seria necessário reconhecer que os pais ou responsáveis **são fracos e não tem meios de controle sobre os próprios filhos**, o que seria inaceitável sob qualquer ângulo.

32. O fato é que a mensagem publicitária em questão não exerce influência irresistível sobre as crianças, nem sobre os pais ou responsáveis que são aqueles que decidem sobre a aquisição ou não de produtos aos filhos.

33. Assim, a relação de consumo somente se aperfeiçoa entre agentes capazes, dotados de discernimento, razoabilidade, controle e, principalmente, responsabilidade sobre os filhos que estão sob sua guarda.

34. Principalmente porque a publicidade em questão foi concebida e ilustrada dentro dos padrões normais e aceitáveis para o público infantil, é possível afirmar que a promoção não infringiu quaisquer dos dispositivos legais apontados pelo *Parquet* na inicial.

35. Aliás, isso serve também para afastar a alegação de violação ao artigo 39, inciso IV, CDC.

36. Conforme acima demonstrado, inúmeros são os fornecedores de mamadeiras, brinquedos, eletroeletrônicos, roupas, etc... (doc.s 02/05) que vinculam personagens a produtos destinados ao público infantil. E isso não pode ser entendido como expediente adotado para “tirar proveito” tendo em vista a idade do público alvo. Para cada

público há uma mensagem apropriada e, para o público infantil, é **adequado** fazer a comunicação do produto utilizando-se de personagens que integram seu imaginário e que transmitem valores percebidos por esse mesmo público. É assim no Brasil, é assim no mundo.

37. Nesse contexto, a situação reprimida pela norma legal (caracterizada pela expressão “prevaler-se da fraqueza do consumidor”) somente pode ser bem compreendida se houver proveito anormal da situação, **afetando o bem-estar do consumidor**, o que, efetivamente não é o caso, até porque, como antedito, a utilização de personagens é adequada e a relação de consumo se estabelece entre agentes capazes (pais e responsáveis), habituados a tal situação mercadológica.<sup>20</sup>

#### E) A RECOMENDAÇÃO DO CONAR:

1. Se é verdade que o CONAR - Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária recomendou a sustação do anúncio, não é menos verdade que a publicidade alcançou a número expressivo de pessoas, milhares ou milhões de telespectadores, que a **compreenderam adequadamente** e não se sentiram agredidos nem lesados em relação a nenhum valor relevante das crianças.

2. E é preciso ressaltar que a decisão do CONAR, além de não ter analisado a matéria à luz do artigo 37, parágrafo 2º, CDC, não tem caráter vinculativo nem impede a

---

<sup>20</sup> ANTONIO HERMANN DE V. E BENJAMIN explica que a prática abusiva no sistema do CDC é aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo, **afeta** o bem-estar do consumidor (obra citada, pág. 219).

apreciação da matéria pelo Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, CF/1988), ao qual compete, com exclusividade, exercer a atividade jurisdicional.

3. Cabe destacar também que o procedimento foi instaurado de ofício e não houve apreciação da matéria segundo os argumentos e dispositivos apresentados nesta demanda. Além disso, o fato da publicidade poder ter gerado indignação estética e questionamento para certos consumidores também não implica, à toda evidência, em publicidade abusiva.

4. Logo, a decisão que vier a ser proferida nesta demanda deverá prevalecer, em respeito ao exercício da atividade jurisdicional pelo poder competente.

#### **F) A NÃO VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 15 E 17 DO ECA.**

1. Por tudo o que acima se afirmou, é plenamente viável concluir que a promoção realizada pela Ré não violou os artigos 15 e 17 do ECA.

2. Sob nenhuma hipótese seria possível admitir que a realização da promoção, nos moldes em que concebida e divulgada, poderia ter infringido os postulados da liberdade, respeito e dignidade indicados no artigo 15.

3. Nem seria possível admitir violação aos valores de integridade física, psíquica e moral das crianças, referidos no artigo 17.

4. Ou será que associar um personagem infantil a um relógio, e este a um produto, depõe contra o desenvolvimento normal de uma criança ou ofende a sua integridade psíquica e moral?

5. Em verdade, o discurso que *Parquet* traz aos autos para justificar a aplicação dos dois dispositivos do ECA é marxista e está amparado apenas na idéia de que a promoção promoveria o “consumismo cego”.

6. À falta de melhor argumento, o *Parquet* enveredou para buscar mais um argumento de ordem subjetiva, permitindo ampla divagação sobre a matéria.

7. Muito poderia ser dito sobre direito ao respeito e dignidade, indicados no artigo 15, ou sobre os valores de integridade física, psíquica e moral das crianças, referidos no artigo 17 do ECA.

8. Por exemplo: são milhões de crianças no País que têm esses direitos violados porque, antes mesmo do nascimento, seus pais não encontram atendimento adequado (pré-natal) na rede de saúde pública. Muito nascem em casa ou até mesmo na rua, sem nenhum cuidado médico. Outros tantos não são alimentados adequadamente, passam fome e por vezes sucumbem. E quantos são submetidos a maus tratos, ou obrigados à triste convivência com pais que deliberadamente consomem bebidas alcoólicas e drogas no ambiente ‘familiar’. Tantos outros não tem oportunidade de estudo, seja porque são levados pelos próprios pais para o exercício da mendicância fácil, seja porque não existem vagas suficientes na rede pública de

ensino. E quantos são os que, desde cedo, caem na marginalidade, por total falta de opções de lazer?

9. Com tudo isso ocorrendo na vida real, é lamentável que o *Parquet* tenha tamanha preocupação com a promoção **É HORA DE SHREK**.

10. Por evidente que a ninguém é dado negar que a sociedade brasileira tem preocupação com aqueles valores, mas tal preocupação nasce dos fatos da **realidade** e não de interpretações do imaginário de alguns que procuram, sem razão, dar à publicidade um contorno que ela efetivamente não tem.

11. Aliás, é interessante observar que os dados apresentados na **Pesquisa Cartoon Network**, trazida aos autos pelo *Parquet* (fls. 173/282), revelam a **inteira adequação** da promoção e da publicidade, alinhadas aos desejos usuais e normal comportamento das crianças.

12. Nota-se, no documento de fls. 179, que a maior preocupação das crianças é com fatos reais (trânsito 1% dos meninos e 2% das meninas > o vício das drogas e da bebida, com 51% para ambos).

13. O que é absolutamente normal: a preocupação das crianças está relacionada com os fatos graves da realidade social.

14. Também normal - porque próprio do mundo infantil - que um personagem de desenho animado (47% dos meninos e 18% das meninas - fls. 176) seja quem as crianças mais admiram.

15. Outros dados da **Pesquisa** revelam a inteira adequação da promoção e sua publicidade, revelando, de forma incontestada, sua conformidade às expectativas e anseios do público infantil.

16. Criança gosta e se diverte com brinquedos e não é por outra razão que elas tenham declarado como suas **datas preferidas**, o dia do aniversário (74%), o dia de Natal (60%), o Dia das Crianças (51%) e o Dia de Páscoa (28% - fls. 181).

17. Aliás, outro dado relevante é que os “perversos” relógios **não estão na lista dos presentes favoritos das crianças** (meninas preferem computador, carro e celular; meninos preferem vídeo game, game boy e bola de futebol - fls. 182 e 183), o que demonstra que a escolha do brinde pela Ré não foi realizada de forma a instigar o “irressistível desejo de consumo” das crianças, como afirmado pelo *Parquet*.

18. Outro dado interessante colhido na **Pesquisa** é que dentre as técnicas utilizadas pelas crianças para “seduzirem” seus pais está a promessa de “tirar boas notas na escola” (37% - fls. 185), o que mostra que existe um jogo de troca absolutamente normal na relação entre pais e filhos, regido pela percepção daquilo que, pelo merecimento, satisfaz o interesse de ambos.

19. Crianças conversam sobre aquilo que vivenciam no seu dia-a-dia: filmes que passam no cinema, video games, sites da internet, programas de TV, jogos, brinquedos, bonecas, etc..., coisas da escola, outros meninos/meninas,

computadores, celulares, música, esportes, roupas/acessórios, coisas que acontecem em casa, revistas e outras coisas (fls. 190).

20. E todos esses programas apresentam promoções e publicidades em situações semelhantes à questionada nos autos, oferecendo produtos com a promessa de satisfação de um desejo, ainda que imaginário, decorrente de sua aquisição, o que, vale ressaltar, é absolutamente normal. E isso ocorre sem apresentar ou ocasionar qualquer violação física, psíquica ou moral às crianças no mundo atual.

21. Ora, se os argumentos do *Parquet* forem acolhidos, então toda a programação infantil transmitida pela TV, cinema, internet, revistas e outras mídias (novelas, filmes, seriados, etc...) também deverá ser considerada abusiva.

22. Vale citar aqui que a atividade publicitária tem seus próprios mecanismos, recursos e linguagem, sendo facilmente compreendida e identificada como tal.

23. Não é atividade dotada de efeitos nocivos, conducentes ou hipnóticos, pois, fosse assim, toda a sociedade seria delinqüente agindo, de forma irracional, marginal e transgressora, para obtenção de um bem ou satisfação de um desejo supostamente provocado pela publicidade.

24. CAIO A. DOMINGUES explica que a **publicidade não cria conceitos e valores, lida apenas com o que já é socialmente aceito.**

25. Segundo seus ensinamentos, a publicidade, antes de subverter a mente dos homens e conduzir

~~656~~  
655

seus destinos, propaga, tão-somente, valores socialmente aceitos:

"1º - Antes de mais nada, a publicidade é uma arte - arte menor, de encomenda, made-to-order, o que significa que o "Diretores de arte" não são Cézannes nem Van Goghs - e uma "arte" com laivos de técnicas, e não uma ciência, a despeito do uso crescente da informática em certas áreas da atividade. Ela é apenas o braço estendido da argumentação de vendas - em suma, é "papo de vendedor" tornado mais eficaz, mais abrangente e mais econômico.

Nós empregamos indistintamente "publicidade" e "propaganda" - e ambos são substantivos que não tem plural...

2º - A publicidade é muito menos poderosa e sujeita a muito mais limitações do que imaginam os leigos e aqueles que a conhecem superficialmente. Não é tampouco uma atividade mágica, perniciosa ou capaz de criar novos valores e novos hábitos da noite para o dia. A ação da publicidade se exerce sobretudo na fixação das marcas que são o patrimônio maior da empresa moderna, enquanto as mudanças de hábito e as alterações de natureza comportamental são apenas uma decorrência.

3º- Publicidade é notícia - notícia de caráter comercial, que pode ter uma variedade de objetivos, entre os quais o mais comum é

estimular o consumidor potencial a procurar um produto ou serviço com a intenção de adquiri-lo.

4º - Ao fazer uso de apelos emocionais, a publicidade é alvo freqüente de muita crítica. Acontece que só raramente o consumidor reage argumentos puramente racionais. Como ser humano, é motivado por emoções - e a compra de produtos e serviços é sempre apaixonante. O jornalismo, embora inconscientemente, também faz uso constante dos apelos emocionais para comunicar com impacto uma história ou reportagem - exatamente como faz a publicidade.

5º- De vez que é um reflexo, a publicidade só viceja dentro do condicionamento cultural de sua época. Como o peixe, a publicidade precisa ser fresca...

6º- A publicidade é um fenômeno cultural derivado: ela não inventa, não inova, não revoluciona. E somente lida com aquilo que já é aceito socialmente. É, portanto, completamente fantasiosa a noção de que a publicidade é perigosa porque conduz a sociedade, quando, na realidade, é a sociedade que conduz a publicidade - na linguagem, na visão do mundo, nas atitudes existenciais.

7º- A publicidade não cria novos códigos: ela é forçada a seguir os códigos que já são aceitos pelas pessoas; e ocorre sempre uma defasagem

entre a implantação de novos conceitos e a sua adoção pela publicidade.”<sup>21</sup>

26. Com isso, nota-se que a publicidade não é capaz de conduzir os destinos de uma nação; ela apenas é um **fenômeno cultural derivado e somente lida com aquilo que já é aceito socialmente; não cria novos códigos: ela é forçada a seguir os códigos que já são aceitos.**

27. Todavia, para muitos é mais fácil criticar a publicidade do que enfrentar os dilemas da realidade (falta de escolas, hospitais, saneamento básico, moradia, etc...) e chegamos ao ponto de lembrar as oportunas lições do e. Prof. GINO GIACOMINI FILHO, expondo com clareza seu pensamento sobre o **fenômeno da transferência de responsabilização da publicidade, como meio alternativo de obscurecer as verdadeiras causas das mazelas sociais.** Para esse autor, a publicidade tem se tornado o bode expiatório da sociedade:

“A crítica à publicidade é algo tentador, pois revela ao menos uma preocupação do indivíduo com o meio em que vive e do qual desfruta. Porém, mais do que um simples elemento da sociedade de consumo, a publicidade tem se tornado um bode expiatório dessa sociedade. **A publicidade é um elemento de exacerbação das opiniões de muitas pessoas que vêm problemas cruciais no âmbito social, mas na impossibilidade de criticar frontalmente seus próprios berços e lares, descarregam no setor**

---

<sup>21</sup> ‘Publicidade Enganosa e Abusiva’, CAIO A. DOMINGUES, Revista de Direito do Consumidor – Vol. 4, São Paulo, Editora RT, 1992, págs. 192/199.

publicitário críticas em profusão. Caberia uma comparação com a figura do empregado que vê problemas na empresa onde trabalha, mas por necessidade de desfrutar dos benefícios desta empresa não a critica enfaticamente, preferindo fazê-lo em relação à comida servida no refeitório ou à falta de um clube de campo. São valores menores, mas que simbolizam um descontentamento compartilhado por quase todos de tal ordem que não interferirão nos valores maiores que, no caso, é a existência da própria sociedade.

Não há uma polêmica duradoura sobre ética da medicina, embora centenas de casos fatais surjam regularmente; o mesmo resguardo é verificado quanto à não punição de governantes, pois representam altos valores: ameaçá-los significa pôr em xeque a própria sociedade de consumo. Mas a realidade mostra todos os dias que há, na sociedade, enormes distorções; portanto, deve haver culpados, e estes geralmente estão numa relação onde se encontra o juiz de futebol, a inflação, o mordomo, o FMI, a televisão e a publicidade. É mais fácil culpar o juiz de futebol do que cobrar empenho dos jogadores; é mais fácil manobrar os indicadores de inflação do que demitir funcionários públicos; é mais fácil investigar duramente o mordomo do que seu patrão; é mais fácil criticar o FMI que adotar medidas de austeridade para as classes altas; é mais fácil culpar a televisão pela criminalidade do que prover crianças de educação; é mais fácil condenar a publicidade do

que pôr o dedo nas partes gangrenadas da sociedade de consumo.

É indiscutível que a publicidade tem elementos lesivos à sociedade, como os tem a medicina, a Igreja, o governo e tantas outras instituições. Não se pode confundir a função lúdica e fantasiosa da publicidade (ou até artística) com propósitos que a levariam a ter comportamento moralista, como se a sociedade fosse uma grande platéia de fiéis confessos.”<sup>22</sup>

28. Assim, fica demonstrado que também não há lugar para acolher a alegação de violação aos artigos 15 e 17 do ECA.

**G) A ATIVIDADE PROMOCIONAL E PUBLICITÁRIA TAMBÉM ESTÁ AMPARADA EM DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS:**

1. Cumpre verificar que peças publicitárias são expressões de arte<sup>23</sup>, consubstanciando-se, invariavelmente, em retrato cultural, crítico ou descritivo, do comportamento e senso estético do indivíduo em uma determinada sociedade.

<sup>22</sup> ‘Consumidor versus propaganda’, GINO GIACOMINI FILHO, São Paulo, Summus Editorial, 1991, págs. 122/123 – destaques nossos.

<sup>23</sup> ‘A Publicidade no Direito do Consumidor’, PAULO VASCONCELOS JACOBINA, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996, 1ª edição, pág. 95: “A publicidade poderia ser definida, então, como a arte de criar necessidades” (grifamos).

2. Nesse passo, consoante o posicionamento da melhor doutrina jurídica brasileira acerca da interrelação entre publicidade e liberdade de expressão:

*“Como já mencionamos nesta obra, a **publicidade – que é forma de expressão de atividade intelectual, artística, de informação e de comunicação, salvo as restrições impostas pelo texto constitucional – é livre**”<sup>24</sup>.*

*“Diz Loren Smith que ‘... a informação é essencial na vida dos indivíduos, bem como prejudiciais são os obstáculos à comunicação das mensagens que necessariamente devem ser passadas ao público’. Pensa ainda que a publicidade e a propaganda precisam existir, argumentando que ‘... o contrário seria negar o acesso à informação às pessoas, comprometendo o sentido dos conceitos de liberdade e democracia’, e conclui seu pensamento com a ideia de que não se pode separar a publicidade da liberdade de expressão”<sup>25</sup> (grifamos).*

3. Neste sentido, é interessante notar o destaque dado pela doutrina, por exemplo, à utilização da linguagem de uma maneira específica na arte publicitária:

*“A publicidade usa da palavra de uma maneira mágica, clamorosa; na sintaxe da condensação, ela reconcilia opostos, neutraliza contradições”<sup>26</sup>.*

*“A técnica publicitária de argumentação, porém, não é necessariamente racional, apesar de muitas vezes o discurso apresentar aparente lógica. Os apelos emotivos, afetivos, cômicos, irônicos, freqüentemente são usados, sempre com a intenção de confortar o*

<sup>24</sup> ‘A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam’, PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES, São Paulo, Editora RT, 2001, pág. 103.

<sup>25</sup> ‘Publicidade: Responsabilidade Civil perante o Consumidor’, MARIA LUIZA DE SABÓIA CAMPOS, São Paulo, Editora Cultural Paulista, 1996, pág. 282.

<sup>26</sup> Idem, pág. 212.

061

*destinatário da mensagem, buscando captar a sua adesão. No fundo, é um processo de cooptação*<sup>27</sup>.

***“Não se pode esquecer – o CDC não o faz – que a publicidade é uma ficção. Nela são apresentados momentos mágicos, belas cenas, pessoas bonitas, interessantes, saudáveis, imagens fortes, cenários vibrantes, etc., tudo com o intuito de chamar a atenção do consumidor para o produto ou serviço anunciado. Nada disso a lei quer impedir.”***<sup>28</sup>

4. A demonstrar que a linguagem da publicidade deve ser relativizada, confira-se os ensinamentos da Prof<sup>a</sup>. CLÁUDIA LIMA MARQUES:<sup>29</sup>

*“A mensagem publicitária tem, porém, características próprias (exigüidade de tempo, incitação à fantasia, apelo visual, etc.) que deverão ser levados em conta.”*

5. Como arte, a atividade publicitária é exercida ao amparo de duas garantias constitucionais: a liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX), da livre iniciativa e da livre concorrência (artigo 170, caput, inciso IV, e parágrafo único).

6. São também direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso I; e também o artigo 220) e, por isso, não devem sofrer outras limitações além daquelas

<sup>27</sup> ‘Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor’, ADALBERTO PASQUALOTTO, São Paulo, Editora RT, 1997, pág. 84. Mais adiante, à pág. 96: “Tradicionalmente, permite-se uma certa margem de tolerância para os exageros ou hipérboles. Afinal, a publicidade atua num mundo ficcional, fantasioso. O homem não ignora a fantasia, também vive dela e, segundo os padrões normais, sabe separá-la da realidade”.

<sup>28</sup> Idem, pág. 443.

<sup>29</sup> CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, 5ª edição, São Paulo, Editora RT, atualizada e revista, pág. 780.

constitucionalmente previstas - v.g.: propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias).

7. Sobre a importância da liberdade de expressão, discorre o e. jurista LUÍS ROBERTO BARROSO:

“III. Liberdade de expressão, direito à informação e publicidade na constituição de 1988

Uma nova constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Carta brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder (...).

Ao lado do direito à vida e à integridade física, a liberdade é considerada um dos valores essenciais para existência humana digna. Como uma reação eloqüente à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou ênfase à liberdade de expressão, aí compreendidas a liberdade de manifestação, do pensamento e de criação -- e ao direito à informação, consagrando-se em diversos dispositivos, e protegendo-os, inclusive, de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los (art. 60, § 4., CF).

No que diz respeito à liberdade de expressão, a Constituição reservou, no artigo 5., dedicado aos direitos individuais e coletivos, dois enunciados peremptórios:

Art. 5º ...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

...

É bem de ver que a liberdade de expressão e o direito à informação são prerrogativas indissociáveis e complementares na livre circulação de idéias [citando Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, no sentido de que o direito de receber informação é transindividual e bifronte, compreendendo o "direito de exprimir idéias e opiniões e também o direito do receptor, um direito autônomo em relação ao direito de expressão, conforme]. Em relação a ambos - expressão e informação - no dispositivo que abre o capítulo dedicado à comunicação social, estabeleceu o artigo 220, da CF:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Publicidade - ou propaganda, termos aqui empregados como sinônimos - é indiscutivelmente uma forma de comunicação social, estando expressamente protegida pelo dispositivo constitucional. (grifos nossos)

(...) **Não há lugar, no direito constitucional positivo brasileiro, para a intolerância e para a imposição de verdade únicas e absolutas em matéria de expressão e de informação.**

De parte a liberdade de expressão e o direito à informação – que já justificam, como vistos, a impossibilidade de banir a propaganda – a garantia da veiculação de publicidade nos meios de comunicação dirigidos ao grande público visa também a preservar outros princípios constitucionais importantes: a livre iniciativa (artigo 1., IV); a livre concorrência (artigo 170, IV) e a liberdade de empresa (artigo 170, parágrafo único). Isto porque é através daqueles meios que o fabricante tem acesso ao público em geral, a fim de divulgar as características de cada um de seus produtos, as inovações tecnológicas que neles se operaram ou as vantagens em por eles se optar.

Se os fabricantes não tiverem meios efetivos de tornar públicos os traços distintivos de seus produtos, a tendência é de que os consumidores não alterem suas preferências de marca. Por esse motivo, novos fabricantes certamente enfrentariam dificuldades em se estabelecer no mercado, assim como o antigos não lograriam aumentar seu market share. Livre iniciativa, livre-concorrência e livre empresa, na moderna sociedade de consumo, pressupõe a possibilidade de anunciar nos meios de comunicação social de massa, entre eles televisão, no rádio, no jornal em revistas.<sup>30</sup>

8. SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA também insere a liberdade de expressão na amplitude do direito de opinião:

---

<sup>30</sup> 'Temas de Direito Constitucional, Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro.', LUÍS ROBERTO BARROSO, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002, 2. edição, págs. 243/273.

“A CB 88, por sua vez, no título dos direitos e garantias fundamentais, assegura que é livre ‘a manifestação do pensamento’ (art. 5º, IV), e ‘a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’ (art. 5º, IX). **Não se coloca nenhuma exceção ou ressalva a essa afirmação peremptória.** Esse é o texto mais evoluído a que o Brasil já chegou, na linha das declarações internacionais de direitos:...”<sup>31</sup>

9. Não se põe em dúvida a relevância atribuída ao direito do consumidor pelo texto constitucional de 1988.

10. Entretanto, não se pode erigir tal direito à condição de alvo supremo e primordial da tutela constitucional, olvidando-se da **coexistência**, nesse mesmo texto constitucional, de dispositivos que encerram princípios e valores outros, igualmente caros à sociedade, insuscetíveis de cederem lugar ao pretendido império do direito da publicidade. Exemplo disso são os direitos e garantias fundamentais insculpidos nos incisos IV e IX, do artigo 5º, com a redação seguinte:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>31</sup> ‘Fundamentos de Direito Constitucional’, SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, São Paulo, Editora Saraiva, 2004, pág. 107.

11. É inadmissível que, no Estado Democrático de Direito, direitos e garantias fundamentais como a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade de comunicação, materializadas em prática comercial usual e em peça publicitária da Ré, sejam tolhidas por verdadeira forma de censura encampada pelo Ministério Público, embasada notadamente em impressões pessoais de seu ilustre Representante, *data maxima venia*.

12. Ademais, é inteiramente questionável a eficácia da pretensão do *Parquet*, sabendo-se, de antemão, que as verdadeiras causas da violação aos direitos das crianças **não são geradas nem estimuladas pela referida publicidade**. A propósito, é esclarecedora a lição de SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, tomando como exemplo a exposição das crianças a cenas de sexo e violência (situação ausente no caso dos autos), a reproduzida a seguir para demonstrar a ineficácia da censura numa sociedade, como a brasileira, onde são múltiplas as manifestações culturais:

“Todos sabemos que a exposição a cenas de sexo e violência pode ofender o pudor, chocar e escandalizar, principalmente crianças. Mas não é a censura governamental que pode remediar esses males. É discutível que as formas de uma sociedade violenta possam deixar de repercutir nos meios de comunicação e de expressão cultural. Também falta demonstrar que a menção a fatos violentos, ou sua representação, estimula a violência; o que, até certo ponto, contraria os efeitos moderadores (críticos e catárticos) das manifestações artísticas. Seria difícil encontrar maior concentração de violência simbólica fora

da literatura infantil clássica; e se fossemos censurar representações de violência, deveríamos começar pelo teatro grego (que tal Édipo?) e Shakespeare. Por outro lado, é certo que a repressão, sim, forma as mentalidades autoritárias e estimula a violência.”<sup>32</sup>

13. Fica claro, portanto, que nenhuma razão existe para eleger a inocente publicidade realizada pela Ré, como se fosse a responsável pela violação da dignidade das crianças, mormente sob a alegação de desrespeito a direitos fundamentais.

14. No caso em apreço isso fica particularmente evidenciado quando se sabe que outras tantas manifestações comerciais e culturais são realizadas diariamente, sem qualquer contestação e, mais ainda, que a função primordial da publicidade é exatamente a de despertar desejos e promover a venda de produtos e serviços.

15. Chega-se, pois, à conclusão que o caso dos autos apresenta conflito entre valores constitucionais.

16. Mas, segundo adverte a doutrina, a interferência, nesses casos, deve ser mínima, e mesmo nas questões que envolvem crianças a atuação do Poder Público deve limitar-se a esclarecimentos e indicações (CF/1988, artigo 220), pois **“a Constituição não autoriza a apreensão de publicações ou a interdição de filmes”**.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Autor e obra citados, pág. 117.

<sup>33</sup> Conforme SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, obra citada, pág. 121.

17. Não há, portanto, razão para acolher a tese de preponderância do direito dos consumidores, e nele a não exposição da criança a situação da alegada abusividade, em detrimento de outros princípios constitucionalmente estabelecidos com igual relevância.

18. Relativamente ao possível conflito entre dispositivos constitucionais, cabe invocar lições de abalizados doutrinadores:

“O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios, etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

(...)

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

(...)

da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.”<sup>34</sup>

<sup>34</sup> ‘Direito Constitucional’, ALEXANDRE DE MORAES, 6ª ed. revista, ampliada e atualizada com a EC 22/99, São Paulo, Editora Atlas, 1999, págs. 41/42.

19. E sob o ângulo técnico-formal, a Constituição de 1988 introduziu aprimoramentos significativos na apresentação do texto constitucional. Alterou a técnica das Constituições Federais anteriores, para conferir precedência aos Princípios Fundamentais da República Federativa e à enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais. É evidente que essa colocação não envolve o estabelecimento de hierarquia entre as normas constitucionais, de modo a classificá-las em normas superiores e normas secundárias. Todas são normas fundamentais. A precedência serve à interpretação da Constituição, para extrair dessa nova disposição formal a impregnação valorativa dos Princípios Fundamentais, sempre que eles forem confrontados com atos do legislador, do administrador e do julgador (RAUL HORTA MACHADO, Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, págs. 239/240.)

20. Ainda, no Capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, o artigo 170, após estabelecer a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, aponta para a necessidade de observância de princípios, dentre os quais são postos, lado a lado, a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V).

21. A topografia dos preceitos no texto constitucional denota a ausência de hierarquia entre os valores ali referendados pelo legislador constituinte. Ao contrário, sugere que ambos devam conviver em harmonia, exigindo-se, para tanto, o emprego da hermenêutica jurídica de modo a se compatibilizarem a livre iniciativa e a livre concorrência à defesa do consumidor. Indisputável que não se pode priorizar um deles,

à custa de desconsiderar o outro, como se prega na exordial da ação Civil Pública.

22. O exercício pleno da livre iniciativa e da livre concorrência, no concorrido mercado alimentício nacional, significa investir na produção de alimentos de qualidade, com custo competitivo, que atendam às exigências e normas técnicas e, finalmente, empreender **divulgação, promoção e publicidade** desses produtos, pelos meios de comunicação disponíveis. A imposição de obstáculo à realização dessa promoção e veiculação da correlata campanha publicitária, sob o argumento de violação aos direitos defendidos pelo *Parquet*, inflige à Ré prejuízos econômicos diretos e indiretos, colocando-a em posição de flagrante **desvantagem** em relação à sua concorrência, cujas práticas promocionais e publicitárias não são alvo da oblíqua forma de censura.

#### H) A INEXISTÊNCIA DE DANO, AINDA QUE POTENCIAL:

1. Diante das razões acima expostas, é possível concluir que o pedido de indenização não poderá, por nenhum argumento, prosperar.

2. E novamente vem à baila a lição de WALTER CENEVIVA: para caracterizar a abusividade da publicidade é necessário **precisar com clareza o nexa da causa e efeito**. Vale dizer, que sem demonstrar o nexa de causa e efeito inexistente o direito a indenização.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Autor e obra citados, pág. 129.

3. E o ensinamento do e. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, em oportuna passagem:

“A conduta humana pode ser obediente ou contraveniente à ordem pública. O indivíduo pode conformar-se com as prescrições legais, ou proceder em desobediência a elas. No primeiro caso encontram-se os atos jurídicos (...). No segundo estão os atos ilícitos, concretizados em um procedimento, em desacordo com a ordem legal.

(...)

Como categoria abstrata, o ato ilícito reúne, na sua etiologia, certos requisitos que podem ser sucintamente definidos: **a)** uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior (Enneccerus); **b)** a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma (Enneccerus); **c)** a imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; **d)** a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito”<sup>36</sup>

4. RUI STOCCO segue o mesmo raciocínio:

“para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma

<sup>36</sup> “Instituições de Direito Civil, Vol I”, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 19ª edição, págs. 415/416.

ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente positivo, (ação) ou negativo (omissão) que desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável a consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil).”<sup>37</sup>

5. A demonstrar a necessária caracterização do dano na ação Civil Pública, esclarece o e. Prof. PEDRO DA SILVA DINAMARCO, reiterando os ensinamento de Rui Stocco:

“Saliente-se que a presença do dano é apontada pela doutrina especializada como um dos **elementos essenciais** para a caracterização do ato ilícito e, conseqüentemente, da responsabilidade de indenizar. Segundo lição de Rui Stocco, para que haja ato ilícito, deve haver ação ou omissão do agente, contrário à ordem jurídica, ‘que cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste’.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça vem dizendo que, "para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, **a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável**. Ainda mesmo que se comprove violação de um dever jurídico, e que tenha

<sup>37</sup> ‘Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, RUI STOCCO, São Paulo, Editora RT, 1994, pág. 41

existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, dès que, dela, não tenha ocorrido prejuízo. A satisfação pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está não só na configuração da conduta contra jus, mas, também na prova do ônus, já que não se repõe em dano hipotético".

**O Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu que nem sempre a presunção de lesividade leva a indenização ou reposição do estado anterior.**

...  
Passando-se agora para a análise dos interesses individuais homogêneos, primeiramente, tem-se que aqui também é necessária a demonstração da existência de algum dano, ainda que por amostragem"<sup>38</sup>

6. E nenhum elemento dos autos aponta para a existência de quaisquer danos coletivos, ainda que potenciais.

7. A referida promoção e sua publicidade, longe de apresentarem qualquer conteúdo desrespeitoso aos valores essenciais das crianças, incita o aprendizado da leitura das horas, de forma apropriada ao seu público alvo.

8. Em assim sendo, é evidente que a publicidade buscou enaltecer as características da promoção e,

---

<sup>38</sup> 'Ação Civil Pública', PEDRO DA SILVA DINAMARCO, São Paulo, Editora Saraiva, 2001, págs. 293/294 – destaques nossos.

não como quer fazer crer o Ministério Público, desrespeitar os valores essenciais das crianças, eis que são, no contexto da publicidade, convidadas (e não obrigadas) a participar da promoção com o personagem SHREK.

9. Além disso, em nenhum momento a publicidade da promoção desrespeitou valores essenciais na formação das crianças, o que vem reforçado pela absoluta ausência de imagens contrárias a quaisquer valores fundamentais, o que afasta o sentido pretendido pelo Parquet.

10. De outro lado, já afirmava o publicitário CAIO A. DOMINGUES “*ser inevitável a publicidade ascender a apelos emocionais, uma vez que o consumidor raramente atende a apelos racionais*”.<sup>39</sup> Ou seja, por natureza, é normal que a publicidade procure tirar o consumidor do seu estado de indiferença frente ao produto e marche no sentido de consumi-lo.

11. Exatamente em razão desta função da publicidade, é correto afirmar que, muito provavelmente, a grande massa de consumidores entendeu perfeitamente o conteúdo da peça publicitária e não se sentiu, de modo algum, atingida em sua esfera jurídica, ao contrário.

12. Nesse passo, parece também inadequado atribuir qualquer força probatória ao entendimento do Instituto Alana, que apresentou seu ponto de vista para requerer a abertura do IC.

13. É importante destacar que o exercício do

---

<sup>39</sup> ‘Publicidade enganosa e abusiva’, CAIO A. DOMINGUES, Revista de Direito do Consumidor, volume 4, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, pág. 193.

controle da publicidade abusiva envolve um subjetivismo muito maior do que ocorre no controle da enganosidade. Esta análise, entretanto, **não pode ser deixada ao livre entendimento pessoal e meramente subjetivo, devendo basear-se em alguns critérios objetivos que possibilitem aferir o manifesto potencial existente na publicidade de efetivamente influenciar de modo prejudicial a conduta do consumidor**. A capacidade de a mensagem conter aspectos de abusividade deve ser efetivamente constatada, em contraste com os padrões culturais praticados e aceitos pela sociedade, como acima exposto.

14. Tais considerações ganham relevância haja vista que, uma vez que não se tenha comprovado o dano coletivo, ainda que potencial, milita a presunção em favor da Ré, no sentido de que a publicidade teve o seu conteúdo corretamente compreendido pelo consumidor padrão, que entendeu o espírito da mensagem e dela não reclamou.

15. Finalmente, cumpre observar que, *data venia*, encontra-se o I. Ministério Público carente de quaisquer parâmetros minimamente razoáveis que justifiquem a **exorbitante e confiscatória indenização pleiteada para a reparação de supostos danos morais difusos, o que, face a todo o exposto, reitere-se, inexistem**. O valor de **R\$ 550.000,00** sugerido anteriormente por ocasião de proposta de Termo de Ajustamento de Conduta — em que pese não haver qualquer abusividade na publicidade veiculada — **já se manifestava, por si só, totalmente desarrazoado e muito distante de qualquer caráter reparador e/ou punitivo justificável**.

16. Ora, o valor pleiteado nestes autos, mais

de R\$ 785.000,00 - além dos pedidos de imposição de multas, para o caso de descumprimento da eventual condenação, que somam R\$ 2.000.000,00 - apenas reforça quão sem parâmetros encontra-se o i. *Parquet*, já que não existe nada na Lei, na doutrina e/ou na jurisprudência que justifiquem tal requerimento.

17. Ademais, mesmo que uma indenização fosse devida, o que, por todo exposto, **não se pode admitir em hipótese alguma**, cumpre observar que o próprio Ministério Público, ao sugerir vultosas e exorbitantes quantias indenizatórias, desconsidera inexplicavelmente os parâmetros atenuantes (fls. 413), tanto legais (conf. art. 25 do Decreto nº 2.181/97) como doutrinários, incidentes sobre qualquer caso de responsabilidade civil.

18. Portanto, a se reconhecer que a promoção e a publicidade em questão (i) não foram aptas a produzir nenhum dos efeitos proscritos no artigo 37, § 2º, CDC; (ii) não violaram o artigo 6º, incisos IV e VI, CDC; (iii) não foram hábeis a agredir a dignidade, integridade, física, moral ou psíquica das crianças; (iv) não foram suficientes a ocasionar dano de qualquer espécie, notadamente pela manifesta **ausência** de nexo de causa e efeito, impõe-se reconhecer a **inexistência de danos** e de fundamentos para justificar a inusitada indenização.

19. A jurisprudência aponta nesse norte:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS  
- COMPRA DE PRODUTO CONTAMINADO -  
INEXISTÊNCIA DE DANO EFETIVO - Para que  
se caracterize o dever de indenizar, necessária a  
ocorrência do ato ilícito, do dano e do nexo de  
causalidade entre ambos. Recurso não provido.

(TAMG – AP 0341286-2 – Juiz de Fora – 2ª C.Cív. –  
Rel. Juiz Edgard Penna Amorim – J. 20.11.2001)

20. Apesar de tudo o que foi exposto na inicial, se o Ministério Público espera a procedência dos pedidos, deverá ao menos **demonstrar**, de forma objetiva, a ocorrência de danos decorrentes da divulgação dessa promoção e de sua publicidade, explicitando, claramente, o nexo de causa e efeito.

21. O *Parquet* não está acima da lei e deverá comprovar as suas alegações, como acentua ROGÉRIO LAURIA TUCCI:

“também na ação civil pública, prevalece, como é óbvio, a regra da demanda”<sup>40</sup>

22. Por fim, o que causa maior espécie é a pretensão indenizatória manifestada pelo *Parquet* no procedimento preliminar (R\$ 550.000,00), elevada para mais de R\$ 785.000,00, por conta tão-somente da propositura da demanda.

23. Tanto uma quanto outra são manifestamente inaceitáveis e revelam o caráter confiscatório da pretensão indenizatória. Nada pode justificar que a pretensão em juízo represente mais do que a pretensão manifestada em sede preliminar, ambas voltadas apenas a reparar os hipotéticos danos.

---

<sup>40</sup> ‘Ação Civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público’, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, Porto Alegre, *Ajuris* 56/35-55, novembro de 1992, pág. 41, inclusive a prova do fato constitutivo de seu direito, conforme previsto no **artigo 333**, inciso I, CPC.

24. Sensível aos eventuais abusos, ou tentativa de praticá-los em sede da ação Civil Pública, esclarece o e. Prof. PEDRO DA SILVA DINAMARCO que os interesses metaindividuais devem ser preferencialmente protegidos por meio de tutela específica (obra citada, pág. 290).

25. A Ré nada mais fez do que divulgar promoção comercial que, como explanado, nada contém de abusiva ou ilegal. Agiu, unicamente, no exercício regular de seu direito, inserida e amparada igualmente em preceitos constitucionais.

26. Nesse particular, deve-se destacar que, consoante o disposto no art. 188, I do Código Civil, não são ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Veja-se:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

INDENIZAÇÃO – ATO ILÍCITO – ÔNUS DA PROVA – ÂNIMO DE PREJUDICAR – INEXISTENCIA – Não enseja a indenização por danos morais o exercício regular de direito constitucionalmente assegurado, pois, de ato ilícito não se trata, a teor do previsto no art. 160, I do Código Civil. A determinação judicial de que sejam oficiados a Procuradoria Geral de Justiça e o órgão de classe do advogado não se revela ilícita se, da mesma, não se pode extrair o ânimo de prejudicar a outrem. Recurso não provido. (TAMG – AC 0335851-2 – 2ª C.Cív. – Rel. Juiz Edivaldo George – J. 12.06.2001 – g.n.)

27. Além de não ter praticado qualquer ato ilícito, o que, por si só, é suficiente para afastar a

responsabilidade da Ré, certo é que inexistem danos a serem reparados.

28. Outrossim, face à ausência de qualquer ato ilícito, bem como diante da inexistência de dano aos consumidores – o que afasta, por óbvio, o necessário nexo causal – é patente que não pode subsistir o pedido de indenização por danos coletivos, na exorbitante soma de mais de R\$ 785.000,00, além da pretendida imposição de multa de R\$ 2.000.000,00.

29. Ademais, mesmo que fosse possível condenar a Ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, *o que se admite somente por hipótese*, é indubitoso que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade haveriam de incidir na hipótese, ou seja, com o encontro do resultado entre adequação/correspondência/necessidade da reparação na estrita medida dos danos que objetivamente sejam eventualmente demonstrados, sob pena de enriquecimento ilícito.

30. Por último, a Ré esclarece que não tem condições de se pronunciar sobre os documentos de fls. 350/412 porque foram apresentados em língua estrangeira e desacompanhados de tradução firmada por tradutor juramentado, desatendendo, assim, o disposto no artigo 157, CPC.

#### V – CONCLUSÕES:

1. Diante do exposto, e considerando especialmente:



- a) que todo esforço de promoção e sua publicidade encontram-se protegidos pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão, livre-iniciativa e livre concorrência, somente comportando restrições em caso de **comprovada** transgressão à ordem pública, com manifestos danos à coletividade (o que não se verificou);
- b) que a prática comercial não é abusiva, pois não pode ser considerada “venda casada”, e sua publicidade, por todo o exposto, não se prevalece da fraqueza do consumidor, não desrespeita quaisquer dos valores essenciais das crianças, não sendo plausível aceitar que essas ações tenham causado dano, ainda que potencial, aos consumidores padrão e, por conseguinte, à coletividade, cumprindo enfatizar novamente que a relação de consumo somente se materializou entre agentes capazes (pais ou responsáveis) e que meros subjetivismos e/ou manifestações de desagravo estético não implicam em comprovação de abusividade;

requer a Ré seja a **presente demanda julgada totalmente IMPROCEDENTE**, pelos motivos de fato e de direito acima alinhados, condenando-se o Ministério Público, nas despesas processuais e honorários advocatícios<sup>41</sup>, sendo certo ainda que o valor indenizatório atribuído pelo i. *Parquet, data maxima venia*, encontra-se sem qualquer parâmetro, apresentando-se de forma exorbitante e, até, confiscatória.

---

<sup>41</sup> Ver nota 1: O MP, quando exerce a ACP, tem os mesmos poderes e ônus que as partes (CPC 81), devendo suportar a condenação no pagamento das despesas quando vencido na ACP (CPC 20); como o MP é órgão do Estado, este responderá, cabendo oportunamente imputar o valor da condenação em sua verba orçamentária (TJRS, 1.<sup>a</sup> Câm.Cív., Ap. 59200668-8, rel. Des. Araken de Assis, j. 16.3.1993, v.u., Boletim AASP 1806/317).

2. Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção de nenhum, especialmente a oitiva de testemunhas, exames periciais, e tudo o mais que se fizer necessário para a cabal comprovação do quanto foi aqui aduzido.

3. Sendo cristalina a inexistência de qualquer conduta ilegal praticada pela Ré, bem como diante da reconhecida inexistência de danos, é de rigor o decreto de **improcedência** do pedido do Ministério Público, que deverá responder pela litigância de má-fé (artigos 16 e 17 do CPC e artigo 18 e 19, da Lei n 7.347/85) e pelos ônus da sucumbência, que deverão ser suportados pela Fazenda do Estado de São Paulo, conforme vem afirmando a doutrina, com um amplo acolhimento na jurisprudência:

“O Ministério Público não sucumbe, não paga custas nem honorários. Na ação civil pública ou coletiva, proposta pelo Ministério Público na defesa de interesses gerais da coletividade, quem arca com tais despesas, no caso de improcedência do pedido, será o próprio Estado.”<sup>42</sup>

“A lei da ação civil pública e o CDC não exoneram o MP, como o fazem com as associações. Parece correto o entendimento de que, vencido o MP, os ônus da sucumbência são suportados pelo Estado.”<sup>43</sup>

<sup>42</sup> ‘A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo’, HUGO NIGRO MAZZILLI, São Paulo, Editora Saraiva, 1995, 7ª edição, pág. 490.

<sup>43</sup> ‘Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e dos Consumidores’, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, São Paulo, Editora RT, 1996, 4ª edição, pág. 222.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 24 de setembro de 2008.



**HELENA ZOIA**

OAB/SP. 13.862



**DURVAL AMARAL SANTOS PACE**

OAB/SP nº 107.437

Impresso por: 402.756.498-73 ARE 1038825  
Em: 16/11/2017 - 14:33:47