

# Helena Zoia

Sociedade de Advogados

1029  
20

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

41.05. CIVIL. CENTRAL. SP-08-04-09-17:11-129.88-2/2

**PANDURATA ALIMENTOS LTDA.,**

qualificada nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** promovida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem, por seu advogado que esta subscreve, respeitosamente, a V. Exa. para apresentar suas

### CONTRA - RAZÕES

ao recurso de Apelação, requerendo sua juntada e posterior remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça, esperando seja **negado provimento** ao apelo e, assim, mantenha r. sentença que julgou **improcedente** a ação, com acertada resolução do mérito (artigo 269, I, CPC).

20

1030  
10

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 06 de abril de 2009.



**DURVAL AMARAL SANTOS PACE**

OAB/SP. 107.437

Impresso por: 402.756.498-73 APT 1038825  
Em: 16/11/2017 - 14:33:56

1031  
10

CONTRA-RAZÕES

**APELADA:** PANDURATA ALIMENTOS LTDA.

**APELANTE:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**AÇÃO:** CIVIL PÚBLICA

**PROCESSO Nº:** 583.00.2008.169077-0

**Nº DE ORDEM:** 1222/2008

**VARA DE ORIGEM:** 41ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO

Egrégio Tribunal,

Ínclitos Julgadores!

I – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

1. A i. Magistrada *a quo*, após exauriente análise dos fatos e acertada visão do direito, julgou **improcedente** a



Impresso por: 402.735.498-73 ARE 038825  
Em: 16/11/2017 - 14:33:56

1032  
R

ação civil pública, dando incensurável solução à lide com resolução de mérito (artigo 269, inciso I, CPC).

2. Em que pese o esforço do Apelante para pleitear a reforma da r. decisão, pela via do recurso ora impugnado, evidencia-se que as razões do apelo são insuficientes, *data maxima venia*, em quaisquer de suas alegações, para autorizar a pretendida reforma, pois o Apelante, após ampla dilação probatória, ***não logrou comprovar a ilicitude do fato narrado na inicial – a saber, a realização da promoção É HORA DE SHREK –, nem a ocorrência, direta ou indiretamente, de quaisquer danos aos consumidores.***

3. Diante disso, somadas às razões apresentadas na Contestação, ora ratificadas, a Apelada espera e requer a **rejeição** do recurso, mantendo-se o acertado decreto de **improcedência** da ação, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## II – A TESE DO APELANTE E A R. SENTENÇA:

1. O Apelante promoveu 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).

1033  
W

2. Segundo entendimento do Apelante, a publicidade da PROMOÇÃO “É HORA DE SHREK” seria abusiva porque caracterizaria ‘venda casada’, realizada com aproveitamento da inexperiência e deficiência de julgamento das crianças para impingir-lhes produtos, violando ainda o direito ao respeito aos valores e desenvolvimento moral delas.

3. Por assim entender, requereu a condenação da Apelada ao pagamento de indenização de R\$ 785.315,50 (setecentos e oitenta e cinco mil, trezentos e quinze reais e cinquenta centavos), e demais pedidos acessórios descritos na inicial.

4. Entretanto, em bem lançada decisão, a i. Magistrada *a quo*, Dra. Tânia Mara Ahualli, rejeitou a pretensão indenizatória por ter sido demonstrado na Contestação que a promoção *É HORA DE SHREK*, realizada pela Apelada com a mecânica “junte embalagens de qualquer produto da linha Gulosos (da Bauducco) + R\$ 5,00 e troque por um relógio”, foi concebida dentro da legalidade, afastando a tese de abusividade sustentada pelo Apelante.

5. A r. sentença é incensurável e abordou os aspectos essenciais da demanda com objetividade e inquestionável acerto jurídico.

6. Senão, vejamos:

1031  
10

7. A realização da referida promoção comercial é prática legal, conhecida e aceita pelos consumidores.

8. Nesse sentido, destacou a i. Magistrada *a quo*, acolhendo as razões da defesa:

*“A recorrência de tal promoção gerou no público em geral uma mentalidade que compreende a lógica da estratégia, sem, para isso, criar um consumismo exacerbado e irracional, pois, já é parte de seu cotidiano a oferta de produtos desse modo, sendo-lhe possível calcular a exata medida entre a necessidade e adequação de tais itens frente ao brinde oferecido.”*

9. Assim, restou afastada a alegação de que tal prática seria abusiva por gerar ‘consumismo excessivo’, sabendo-se que a mecânica da promoção, do tipo “*junte embalagens + R\$ ..... e troque por um produto*”, é prática **recorrente e bem compreendida** pelo público em geral, sem incidir na prática de publicidade abusiva vedada pelo artigo 37, § 2º, CDC.

10. Daí a razão para ter sido destacado na r. sentença que nenhum ilícito foi praticado pela Apelada, *in verbis*:

*“Para tanto, utilizou-se de estratégia comumente vista no mercado brasileiro: a*

1035  
R

*aquisição de determinados produtos, somada ao pagamento de uma certa quantia dá direito ao recebimento de um brinde exclusivo, durante o período pré-estabelecido. Não vislumbro qualquer abusividade nos anúncios veiculados, uma vez que a participação na promoção é de cunho facultativo, tratando-se de mera tática utilizada pela ré para aumentar o público alvo de seus produtos.*

.....

*Apesar de todos seus esforços, o Ministério Público não logrou êxito em enquadrar a prática da ré em qualquer ilícito ou atuação irregular, pois, de fato, não há norma proibitiva da realização de semelhantes campanhas publicitárias.*

*Diante disso, tendo em conta o princípio da legalidade, não há empecilho algum no ordenamento do consumidor brasileiro, que impeça a empresa-ré de realizar tal anúncio promocional.*

(grifos nossos)

11. A r. decisão é incensurável e conflui com o entendimento da doutrina. Nas palavras do e. ANTONIO HERMANN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN:

1036  
10

“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>1</sup>

12. Então, se a prática abusiva decorre de ato realizado em desconformidade com os padrões de mercado, não há razão para reforma da r. decisão, tendo a Apelada demonstrado que a promoção É HORA DE SHREK nada teve de abusiva, pois foi concebida segundo práticas regulares e usuais do mercado.

13. Em suma: nenhum ilícito foi cometido pela Apelada, pois, como demonstrado e acertadamente reconhecido no *decisum*, nenhuma norma legal impede que qualquer anunciante faça semelhante promoção comercial.

14. A improcedência era e é de rigor, *data maxima venia*.

---

<sup>1</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

1037  
R

### III – IMPUGNANDO AS RAZÕES DO APELO:

1. Com os mesmos argumentos da inicial, pretende o Apelante sensibilizar esse E. Tribunal usando de argumentos inteiramente afastados da lógica, do bom senso e da realidade dos fatos.

2. A Apelada, conforme esclarecido na Contestação, é conhecida fabricante de produtos alimentícios, assinalados com a tradicional marca **BAUDUCCO**.

3. Fundada em 1952, contribui para o desenvolvimento do país, gerando empregos, investindo em produtos, recolhendo impostos e melhorando a qualidade de vida das pessoas.

4. Portanto, não há qualquer espaço para afirmar que o sucesso da Apelada decorra de práticas comerciais abusivas, posto que atua no mercado com responsabilidade e oferece produtos de alta qualidade promovidos através de práticas comerciais e publicitárias lícitas, amparadas, inclusive, pelos princípios constitucionais da não censura, da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência.<sup>2</sup>

5. Com a promoção “É HORA DE SHREK” e respectiva publicidade não foi diferente: ambas foram

---

<sup>2</sup> Conforme disposto nos artigos 5º, incisos IV e IX, 170, *caput* e inciso IV, CF/1988.

9  
Z

1038  
10

concebidas dentro dos padrões legais e usualmente adotados no mercado.

6. Dita promoção foi concebida segundo mecânica simples, sem sorteio, possibilitando o acesso ao relógio a **qualquer** pessoa que cumprisse os requisitos de participação: bastava juntar 5 (cinco) embalagens de qualquer dos produtos da linha GULOSOS, da **BAUDUCCO**, mais R\$ 5,00 e efetuar a troca num dos postos de troca divulgados por ocasião de sua realização (conforme REGULAMENTO DA PROMOÇÃO).

7. Durante o período de vigência da promoção (12 de junho a 19 de agosto de 2007) qualquer consumidor que preenchesse os requisitos de participação poderia, **caso tivesse interesse**, obter o relógio com os personagens do filme SHREK.

8. A participação era **facultativa** e não havia qualquer sanção ou restrição ao não participante.

9. Nesse sentido, salientou a MM. Juíza *a quo* que:

*“....., a participação da promoção possui cunho facultativo, não sendo imperativo que, ao comprar os bolos e biscoitos, o relógio seja também adquirido. Não havendo qualquer vínculo obrigacional entre a aquisição dos*

1039  
10

*produtos regularmente comercializados e do relógio promocionalmente oferecido.”*

(grifo nosso)

10. Não tem razão o Apelante ao afirmar que a promoção teria gerado ‘consumismo excessivo’ de produtos por crianças.

11. A afirmação, contudo, é equivocada e não se sustenta.

12. Segundo dados apresentados na Contestação, 57% das embalagens trocadas foram de produtos de menor peso, o que evidencia que a promoção foi realizada sem gerar onerosidade excessiva aos consumidores e sem gerar excesso de consumo dos produtos.

13. E com acerto, ressaltou a i. Magistrada *quo:*

*“A recorrência de tal promoção gerou no público em geral uma mentalidade que compreende a lógica da estratégia, sem, para isso, criar um consumismo exacerbado e irracional, pois, já é parte de seu cotidiano a oferta de produtos desse modo, sendo-lhe possível calcular a exata medida entre a*

Impresso por: 402.735.498-73 ARE 1036825  
Em: 16/11/2017 14:33:56

1040  
10

*necessidade e adequação de tais itens frente ao brinde oferecido.”*

14. A alegação fica mais fragilizada quando se sabe que a aquisição de produtos alimentícios, nos pontos de venda, é feita pelos respectivos pais, tutores ou responsáveis, aos quais cabe fazer a escolha e aquisição dos produtos consumidos pelos filhos.<sup>3</sup>

15. E compete também aos pais e responsáveis a responsabilidade pela administração moderada dos respectivos produtos, assim como a decisão de participação ou não na promoção.

16. Nesse sentido, bem salientou a i. Magistrada a quo:

*“Assim, além de a escolha final quanto à compra dos produtos caber aos responsáveis pelo menor, a participação da promoção possui cunho facultativo, não sendo imperativo que, ao comprar os bolos e biscoitos, o relógio seja também adquirido. Não havendo qualquer*

<sup>3</sup> O Código Civil (Lei nº 10.406/02), art. 1.566, inciso IV, estabelece que 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 nº 8.069/90), observam-se que iguais deveres competem aos pais (v. artigos 19 e 22).

Impresso por: 402.756.498-73 ARE 1038825  
E-Proc: 46/17/2017 - 14:35:56

1041  
ne

*vínculo obrigacional entre a aquisição dos produtos regularmente comercializados e do relógio promocionalmente oferecido.”*

.....

*De fato, o intuito da ré foi o de conquistar o público infantil, utilizando-se de personagem carismático para atrair sua atenção, contudo, não se pode olvidar de que se trata de marca de reputação antiga na indústria alimentícia brasileira, renomada e de confiança do público em geral, não se deixando de lado o peso dessas características no momento da escolha pelos responsáveis dos produtos alimentares.”*

(grifo nosso)

17. Então, como se vê é descabido alegar que a promoção foi realizada para aproveitar da hipossuficiência das crianças e com uso de imperativo de consumo, o que é próprio da linguagem publicitária, conforme ressaltou a i. Magistrada *a quo*:

*“É inerente à publicidade seu caráter persuasivo, inclusive sua linguagem imperativa, como é gramaticalmente reconhecido, tudo com objetivo de criar demanda de um produto e contribuir para a boa imagem da empresa. Deste modo, não há que se falar em qualquer incongruência entre a linguagem utilizada e os tradicionais métodos empregados em anúncio.*

1042  
10

*A alegação do Ministério Público de que ao exclamar "Colecione!", ao final do anúncio, a ré estaria incitando o consumismo exacerbado no público infantil não merece guarida, pois, como já foi ressaltado o uso de imperativo é comum à linguagem publicitária e restringi-lo resultaria em restrição à liberdade de comunicação de marketing. No que se refere aos termos da promoção e sua correta explanação ao público, também não há que se falar em qualquer irregularidade."*  
(grifo nosso)

18. Como salientado na r. decisão, a promoção não "impôs" condições irresistíveis aos pais e responsáveis.

19. No particular aspecto da publicidade abusiva, a incitação proscriita no artigo 37, § 2º, CDC, é a que se torne irresistível ao homem médio, conforme esclarece o i. 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*

1043  
AC

irresistibilidade para o homem médio comum, sensato e razoável.”<sup>4</sup>

20. Como se nota, seria preciso que a publicidade e prática comercial correlata fossem aptas a instigar ou estimular, DE MODO EFICAZ E ATUAL, a uma das ações indicadas no referido parágrafo 2º, sendo que a instigação ou estímulo deveriam ser de tal habilidade que caracterizassem **IRRESISTIBILIDADE** para o homem médio comum, sensato e razoável.

21. Evidentemente que no caso em apreço, onde o papel do homem médio é exercido pelo **pai, tutor ou responsável** – que escolhe *o que e como oferecer produtos destinados aos filhos* – não há lugar para admitir a tese da irresistibilidade.

22. Por isso, salientou a i. Magistrada *a quo*:

*“Diante do caráter altamente subjetivo de tal conceito, deve-se levar em conta o perfil do homem médio para traçar o parâmetro de abusividade, não se podendo ignorar a capacidade de discernimento e livre escolha de agentes capazes para tanto.”*

---

<sup>4</sup> “Publicidade e Direito do Consumidor”, São Paulo:, Editora RT, 1. edição, 1991, págs. 128/129 – destaques nossos.

1044  
RQ

*Não obstante os produtos serem eminentemente dirigidos às crianças, a decisão a respeito de sua aquisição, ou não, cabe aos pais e responsáveis, esses sim dotados de discernimento para julgá-los necessários, adequados, tanto nutricional quando economicamente, para o consumo.*

(grifos nossos)

23. E nem se afirme que crianças poderiam exercer pressão “irresistível” sobre os pais, o que levaria ao absurdo de aceitar e 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.

24. O fato é que a mensagem publicitária em questão não exerce influência irresistível sobre os pais ou responsáveis, tampouco estes devem se submeter a demandas e ‘exigências’ dos seus filhos.

25. O argumento evidencia, uma vez mais, que a tese defendida pelo Apelante não tem a menor sustentação.

26. A relação de consumo, conforme destacou a i. Magistrada *a quo*, se estabelecia (como se estabelece) entre agentes capazes (pais ou responsáveis), sabendo-se que os filhos menores não tem autonomia, sequer tem capacidade econômica, para aquisição de bens de consumo, quanto menos autoridade para

1095  
10

“exigir” que os pais e responsáveis atendam seus caprichos e vontades.

27. Assim, fica demonstrado que a tese do Apelante subverte a ordem normal das relações familiares e não há, *in casu*, cabimento para aplicação da tese da hipossuficiência.

28. Fica também demonstrado que o Apelante pretende substituir a liberdade de escolha dos pais e responsáveis, como se estes não fossem capazes de determinar o que seus filhos consomem ou desejam consumir.

29. Essa inusitada inversão de papéis não tem lugar no Estado Democrático de Direito, onde é a sociedade que conduz seu destino, fazendo suas próprias escolhas livremente.

30. Segundo lição do 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

1096  
RQ

*comunicação, independentemente de censura ou licença*". Afinal, a censura, como instituição estatal, própria dos regimes autoritários, sempre busca justificativas na necessidade (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>5</sup>

31. É evidente que a promoção e sua publicidade tem respaldo nos preceitos constitucionais da não censura, da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência, supra mencionados.<sup>6</sup>

32. E pelas considerações feitas do e. Prof. TÉRCIO FERRAZ, fica claramente demonstrado que o sistema constitucional vigente **não permite** que o Apelante, ou qualquer órgão de defesa do consumidor, por mais nobre que sejam seus propósitos, interfira na livre escolha familiar de pessoas capazes (pais, tutores ou responsáveis).

---

<sup>5</sup> PARECER publicado em "Garantias constitucionais à liberdade de expressão", publicação do CONAR, São Paulo, 2000, pág. 12.

<sup>6</sup> Conforme disposto nos artigos 5º, incisos IV e IX, 170, *caput* e inciso IV, CF/1988.

1044  
102

33. Como se vê, o Apelante subverte a realidade e a lógica dos fatos, pretendendo impor seus valores e paradigmas, como se fossem os únicos importantes e corretos.

34. Entretanto, isso não pode ocorrer.

35. HERALDO GARCIA VITTA esclarece que os agentes públicos devem “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>7</sup>

36. Da mesma forma entende 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,

---

<sup>7</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 sociedade, numa certa época e determinado lugar.” (‘A SANÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO’, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pág. 97).

1048  
10

e desconsiderar valores existentes na própria comunidade social, para que predominem os seus.”<sup>8</sup>

37. Então, fica demonstrado que o Apelante não pode agir **desconsiderando** fatores culturais preexistentes e amplamente aceitos na sociedade, ignorando a capacidade de discernimento e livre escolha de agentes capazes (pais e responsáveis), preenchendo o vazio legislativo com conceitos pessoais excessivamente críticos, o que caracteriza exercício arbitrário do direito de ação ou exercício abusivo do referido direito de ação.

38. Isso é ainda mais descabido sabendo-se que o conceito de abusividade não é rígido, mas noção plástica em constante formação segundo os padrões culturais vigentes.

39. Nesse sentido, ressaltou a i. Magistrada *quo*:

**“Os contornos de publicidade abusiva não estão totalmente definidos na ordem jurídica brasileira.”**

(grifo nosso)

<sup>8</sup> ‘Curso de Direito Administrativo’, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, 4. edição. págs. 197/198.

1049  
20

40. Se não bastasse, *ad argumentandum tantum*, a doutrina recomenda que a aferição da abusividade seja feita segundo valores da maioria, e não conforme entendimento de grupos isolados, excessivamente sensíveis ou radicais em seus pontos de vista.

41. 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>9</sup>

42. Infere-se, portanto, 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

<sup>9</sup> ‘O Empresário e os Direitos do Consumidor’, FÁBIO ULHOA COELHO, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 1ª edição, pág. 272 – destaques nossos.

1050  
R

com um mínimo de objetividade, jamais de ilações ou de posições preconceituosas e seriam inteiramente reprováveis.

43. A sociedade brasileira têm características extremamente heterogêneas, tornando praticamente impossível definir quais teriam sido os valores sociais agredidos e colocados em risco.

44. FÁBIO ULHOA COELHO pondera 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.

45. Por tais razões, o i. jurista afirma que o intérprete, na aferição da abusividade, tem o dever de:

“...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>10</sup>

46. Assim, o Apelante não pode agir **sem considerar** a realidade dos fatos culturais, nem pretender que a sua forma de ver a questão se sobreponha às demais.

<sup>10</sup> Autor e obra citados, págs. 269/270.

1051  
we

47. Não distanciar-se do contexto cultural é regra que o intérprete deve observar, sabendo que cada sociedade tem seus controles de tolerância, moldados pelos fatos de sua própria cultura e realidade.

48. É relevante salientar que a prática comercial e a publicidade questionadas encontram-se em grau de igualdade com **inúmeras** outras promoções semelhantes e realizadas diariamente sem qualquer contestação, ou seja, são práticas perfeitamente aceitas e em conformidade com os padrões culturais e legais.

49. E não faltam exemplos de regularidade dessa prática comercial, destacando-se, por ser mais conhecida, a promoção MAMÍFEROS, realizada pela PARMALAT em 1995, com semelhante mecânica, oferecendo bichinhos de pelúcia a quem apresentasse embalagens de produtos daquela marca e efetuasse o pagamento do valor adicional de R\$ 8,00.

50. Semelhante prática comercial se verifica na apresentação e comercialização dos **OVOS DE PÁSCOA**, que há décadas estão presentes na vida das famílias brasileiras, usando dos mesmos recursos, a saber, personagens infantis, inclusive brindes surpresa no interior do produto, com o propósito de incrementar o desejo de aquisição e aumento das vendas.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Cabe também mencionar o caso dos conhecidos KINDER OVO, da Ferrero, oferecidos ao público com brinquedos surpresa no seu interior.

1052  
KQ

51. Se algo de errado houvesse nisso, então também haveria de ser igualmente considerado abusivo o só fato de vestir uma criança com roupas (camisetas e tênis) que fosse enfeitadas com personagens infantis!!

52. Então o que seria inusitado e até prejudicial na formação das crianças seria utilizar de argumentos e da lógica racional dos adultos para ilustrar e oferecer produtos infantis. **Isso sim seria abusivo, embora o Apelante resista enxergar tamanha obviedade.**

53. JEAN PIAGET, educador, filósofo, psicólogo e sociólogo suíço, *Doutor Honoris Causa* pela Universidade de Harvard, estudou o comportamento das crianças por mais de 60 anos. Seus trabalhos são respeitados no mundo inteiro e por todos os que se detêm na análise imparcial do comportamental das crianças.

54. PIAGET analisou a problemática que resulta da **equivocada interpretação dos anúncios pelos adultos**, assim como da **equivocada desconsideração** dos mecanismos identificadores da percepção e discernimento do público infantil, que acabam por contaminar qualquer conclusão séria que se pretenda ter a respeito do tema.

55. No seu irretocável dizer:

“Temos a mania de analisar os fenômenos infantis pelos paradigmas adultos. Da mesma forma que só adultos



1053  
10

excepcionais (artistas) conseguem individualizar e emocionalizar a realidade (fazer da realidade um jogo simbólico), assim também dificilmente uma criança consegue usar o pensamento simbólico com sentido de realidade. Pode-se até dizer que o uso da linguagem imagética intensifica e prolonga esta antinomia entre 'o princípio da realidade' e 'o princípio do prazer, conservando, mesmo nos adultos, um clima de pura fantasia (nesse sentido a linguagem imagética corresponde à sua infantilização). O problema, pois, é muito mais de infantilidade dos adultos que de contaminação das crianças com realidades indesejáveis."<sup>12</sup>

56. Conhecendo PIAGET faz entender que o Apelante pretende analisar os fenômenos infantis pelos paradigmas dos adultos, com total subversão da lógica.

57. PIAGET ainda esclarece que a sociedade só assimila ou incorpora aquilo que corresponde à sua necessidade, ou seja, ela não assimila estímulos que não correspondem à sua estrutura comportamental porque "*estímulos que não correspondem à nossa estrutura comportamental simplesmente não existem*".<sup>13</sup>

58. Nesse mesmo raciocínio CAIO A. DOMINGUES afirma que a publicidade é um fenômeno cultural

---

<sup>12</sup> 'Piaget para principiantes', Summus Editorial, 1980, pág. 174.

<sup>13</sup> Obra cit., págs. 30/31.

1054  
10

derivado e somente lida com valores que já são aceitos socialmente.<sup>14</sup>

59. Esses ensinamentos demonstram, de forma cabal e irrefutável, que a realização da promoção e sua publicidade nada tem de abusivas, pois são amplamente conhecidas e aceitas segundo padrões culturais vigentes.

60. Além disso, a promoção e a publicidade não tem a força imaginada pelo Apelante, pois não há nelas **qualquer elemento de coação irresistível**, tanto em relação aos pais ou responsáveis, quanto em relação aos filhos.

61. Tratando-se de prática comercial regular e recorrente, realizada por inúmeros fabricantes, nota-se que a pretensão do Apelante infringe também o princípio constitucional da livre iniciativa (artigo 170, inciso IV, CF/88) e não seria admissível impor restrições de marketing para a Apelada, enquanto seus **concorrentes** continuam a fazer uso de semelhantes promoções comerciais para alavancar a venda de produtos.

62. Além da legalidade, isso fere também a **isonomia** no tratamento.

---

<sup>14</sup> 'Publicidade Enganosa e Abusiva', CAIO A. DOMINGUES, Revista de Direito do Consumidor – Vol. 4, São Paulo, Editora RT, 1992, págs. 192/199.

1055  


63. Sob a ótica do princípio constitucional da isonomia, o i. Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO, em sólido PARECER, demonstra que tal restrição seria considerada “inconstitucionalidade por omissão parcial”:

“ela [*a inconstitucionalidade por omissão parcial*] se verifica quando o poder público atribui uma disciplina específica a apenas um grupo de pessoas, ao mesmo tempo em que outras, embora em idênticas condições, não são tratadas de acordo com o mesmo regime. Nessa hipótese, há uma omissão parcial por parte da autoridade, que acaba igualmente por afrontar a garantia fundamental da isonomia”.<sup>15</sup>

64. É preciso lembrar ao Apelante 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, de forma que seus interesses e direitos não podem ser deixados de lado pelo aplicador da lei.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> “Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos”, *apud* “TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL – TOMO III”, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, pág. 250.

<sup>16</sup> Razoabilidade, ponderação, coerência e harmonização são palavras-chave para o aplicador da lei na manutenção do equilíbrio das relações de consumo. 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.

1016

65. Cabe ressaltar que a promoção em questão não caracteriza-se como 'venda casada' (artigo 39, I, CDC).

66. A Apelada não comercializa relógios, o que é notório, e ela apenas fez uso de uma ferramenta de marketing, cuja mecânica é demasiadamente conhecida, aceita, praticada e legal.

67. Trata-se de 'oferta combinada', prática não vedada pelo CDC<sup>17</sup>, segundo lição da Prof<sup>a</sup>. CLÁUDIA LIMA MARQUES, embasada na lição de HERMANN E BENJAMIN.

68. E com razão a i. Magistrada *a quo*, que assim afastou o argumento da 'venda casada':

*“É inconcebível se falar na prática de venda casada quando, na verdade, os produtos comercializados e objeto da indústria da ré são somente os alimentícios, atuando o relógio promocional somente como um item a mais para atrair a atenção dos consumidores, um diferencial em relação aos concorrentes. Assim, além de a escolha final quanto à compra dos produtos caber aos responsáveis pelo menor, a participação da promoção possui cunho facultativo, não sendo imperativo que, ao*

<sup>17</sup> “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, CLÁUDIA LIMA MARQUES, São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 2006, pág. 815 – nota 275, embasada na lição de BENJAMIN, CDC, Forense, pág. 140.

1057  
R

*comprar os bolos e biscoitos, o relógio seja também adquirido. Não havendo qualquer vínculo obrigacional entre a aquisição dos produtos regularmente comercializados e do relógio promocionalmente oferecido.*

*Ainda, para afastar definitivamente a alegação de venda casada, tem-se o fato de a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) a ser paga para recebimento do relógio não corresponde ao valor de mercado do produto oferecido, tendo-se em conta tratar-se de produto exclusivo e de reduzida produção.*

(grifos nossos)

69. Por tudo que foi acima exposto, evidencia-se o descabimento também da alegação de violação ao artigo 39, inciso IV, CDC, posto que esse dispositivo dirige-se especificamente para a situação concreta da relação existente entre fornecedor e o consumidor vulnerável, o que não é o caso dos autos que envolve, como antedito, **agentes capazes** e habituados a tal situação mercadológica.

70. Alguns esclarecimentos são necessários a respeito da decisão do CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que recomendou, *ad cautelam*, sustação do anúncio.

M

1058  
10

71. De tempos para cá alguns setores passaram a se preocupar em demasia com a publicidade de produtos alimentícios destinados às crianças. Algumas ONG's, Procons e Ministérios Públicos passaram, coincidentemente, a denunciar empresas que publicitariamente divulgam seus produtos, embora todos sejam produtos **fabricados e comercializados ao amparo da lei**, cumprindo, inclusive, todas as regras da ANVISA e outros órgãos de registro e fiscalização, quando isso se faz necessário.

72. Na Câmara Federal há também um projeto de lei em andamento, que visa restringir a comunicação publicitária dos produtos em questão, cuja constitucionalidade deverá ser oportunamente posta em debate.

73. Mas hoje não há lei que proíba a Apelada ou qualquer anunciante fazer promoção comercial ou publicidade de produtos alimentícios voltados ao público infantil, da forma como é feita.

74. O CONAR "saiu na frente" e passou a autorregulamentar a publicidade de alimentos e produtos dirigidos ao público infantil, sustando a publicidade da promoção em questão. Entretanto, é preciso salientar que a decisão do CONAR, além de não ter analisado a matéria à luz do artigo 37, parágrafo 2º, CDC, nem de qualquer outra norma legal, não tem caráter vinculativo e não poderia impedir a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, CF/1988), ao qual compete, com exclusividade, exercer a atividade jurisdicional.

1059  
10

75. E o fato da publicidade poder ter gerado indignação estética e questionamento para certos consumidores também não implica, à toda evidência, que sua publicidade seja abusiva.

76. Até porque, cabe ressaltar, a publicidade alcançou a número expressivo de pessoas (maioria) que a compreenderam adequadamente e não se sentiram agredidos, nem lesados, em relação a qualquer valor relevante das crianças.

77. Embora algumas instituições atualmente, questionem a publicidade de produtos dirigidos ao público infantil, adquiridos com anuência e concordância dos pais ou responsáveis e produzidos e comercializados legalmente, o fato é que ainda não existe lei alguma proibindo a realização de promoções comerciais da forma como feita pela Apelada.

78. O mais são devaneios.

79. A publicidade não pode assumir o papel de vilão dessa história.

80. Por essas razões, o Prof. GINO GIACOMINI FILHO fez o seguinte alerta: é mais fácil criticar a publicidade do que enfrentar os dilemas da realidade (falta de escolas, hospitais, saneamento básico, moradia, etc...), levando ao indesejado fenômeno da transferência de responsabilização da

1060  
R

publicidade, como meio alternativo de obscurecer as verdadeiras causas das mazelas sociais.

81. E esse autor adverte que 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 vêem problemas cruciais no âmbito social, mas na impossibilidade de criticar frontalmente seus próprios berços e lares, descarregam no setor 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

1061  
12

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>18</sup>

<sup>18</sup> 'Consumidor versus propaganda', GINO GIACOMINI FILHO, São Paulo, Summus Editorial, 1991, págs. 122/123 - destaques nossos.

1062  
10

82. Em face de tudo que acima foi afirmado, é possível concluir que os artigos 15 e 17, do ECA (Lei nº 8.069/90) também não foram afrontados.

83. Aliás, a extrema generalidade e imprecisão (*vagueness*) do artigo 17 do ECA, não permite saber quais as condutas que, em tese, contribuiriam para a realização do fim colimado pela essa norma, o que, segundo o i. Prof. LUÍS ROBERTO BARROSO, no retro citado PARECER, caracterizaria vício insuperável:

“Com efeito, se tais normas autorizassem exigir qualquer conduta que, em tese, contribui para a realização do fim por elas indicado, incontáveis condutas poderiam ser consideradas obrigatórias e outras tantas seriam consideradas vedadas. Tudo em função das convicções e percepções do aplicador da norma. Essa espécie de abertura interpretativa simplesmente não pode ser admitida em um Estado de direito, sobretudo em tema de direitos fundamentais. Tais disposições, portanto, não servem de fundamento para postulações formuladas pelo autor da ação civil pública.

.....

O que se pode registrar desde logo é que seu consumo normal não causa obesidade, e mesmo o



1063  
R

consumo excessivo e anormal não causará a obesidade, que tem origem multifatorial.”<sup>19</sup>

84. Por isso, *data maxima venia*, a Apelada entende que não há qualquer possibilidade para acolher a tese de que a promoção e respectiva publicidade teriam violado a integridade física, psíquica e moral da criança, sob qualquer aspecto.

85. A Apelada passa a fazer algumas considerações sobre o caso MC DONALD'S, mencionado no apelo como paradigma.

86. O caso MC DONALD'S é diverso e não favorece a tese do Apelante, principalmente porque não estabelece qualquer vinculação jurídica com o caso analisado nos autos.

87. E apenas em atenção ao princípio da eventualidade, deve ser esclarecido que a empresa MC DONALD'S, segundo documentos anexados nos autos, consentiu, por exclusiva liberalidade, mas sem reconhecer a prática de qualquer ato ilícito (fls. 112, 'CONSIDERANDO', letra 'd'), firmar o 'Termo de Ajustamento de Conduta' com o Ministério Público Federal, obrigando-se, simplesmente, a oferecer, de forma avulsa, o brinquedo ou surpresa.

<sup>19</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, no PARECER citado em caso em que se pretendia restringir a publicidade de refrigerantes e sucos, págs. 266 e 268.

1069  
10

88. Pelo que se conclui do termo firmado pelo MC DONALD'S é que este **não ficou impedido** de realizar a venda de seu sanduíche acompanhada do brinquedo ou surpresa (o que faz até hoje); não se comprometeu a ressarcir um centil ao MPF e assinou o TAC **por liberalidade e sem reconhecimento de culpa**.

89. A Apelada, por sua vez, não aceitou assinar o TAC proposto pelo Apelante, por entender não ter praticado qualquer ato ilícito, entendimento corroborado pela r. decisão e se se espera venha a ser confirmada por esse E. Tribunal.

90. E efetivamente não poderia aceitar assinar o TAC apresentado pelo Apelante na fase do IC, diante de seu caráter **oneroso e restritivo**, ferindo, inclusive, os dispositivos constitucionais acima mencionados.

91. Assim, por tudo o que acima foi exposto e demonstrado, melhor seria se o Apelante tivesse a grandeza de aceitar a fragilidade da tese inicial, ocupando-se com outras inúmeras questões básicas e essenciais que afetam, **de forma real e substancial**, parcela da sociedade brasileira.

92. A ação também é **improcedente** porque o Apelante não se ocupou de produzir qualquer **prova de dano** capaz de justificar a absurda pretensão indenizatória.

1065  
10

93. Seria inusitado, *contra legem* inclusive, admitir a possibilidade de indenização no caso em apreço, sabendo-se que a responsabilidade objetiva é **figura de exceção** no direito brasileiro.

94. O Apelante não goza de privilégios em relação às demais partes do processo, cabendo-lhe, se desejasse ver o êxito da demanda, ter demonstrado o dano alegado, o que não foi feito.

95. O resultado, segundo o direito vigente, não poderia ser diferente e a ação é **improcedente**, inclusive sob o aspecto indenizatório.

#### IV – O APELO DEVE SER REJEITADO:

Demonstrado o inteiro acerto fático e jurídico da d. decisão, que resultou da análise imparcial e precisa da matéria, resta concluir que as razões do apelo deverão ser **rejeitadas**, *data maxima venia*, especialmente porque:

- a) a prática comercial **não é abusiva** e “oferta combinada” não pode ser confundida com “venda casada”;
- b) a publicidade foi concebida **dentro dos padrões legais**, sem abusar da fraqueza do consumidor, sem desrespeitar quaisquer dos valores essenciais das crianças, e, assim, sem causar dano, ainda que potencial, aos consumidores e,

1066  
RQ

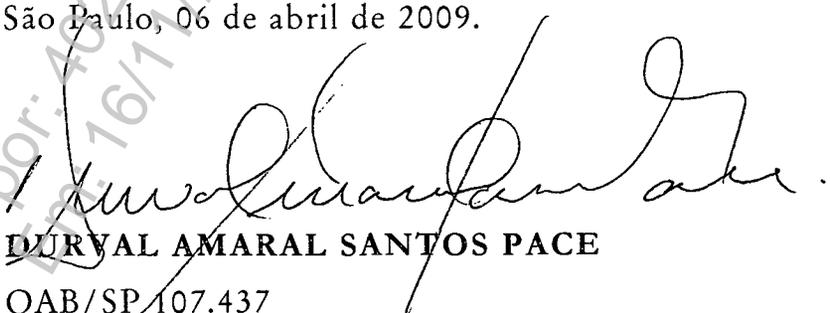
- c) a realização da promoção e sua publicidade encontram-se protegidas pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão, livre-iniciativa e livre concorrência, somente comportando restrições em caso de **comprovada** transgressão à ordem pública, com manifestos danos à coletividade, o que é evidência não se verificou.

A Apelada tem plena confiança que esse E. Tribunal ratificará as razões que levaram a i. Magistrada *a quo* a decidir pela **improcedência** da ação e manterá, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a r. sentença de **improcedência**, em homenagem e respeito ao direito.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 06 de abril de 2009.

  
**DURVAL AMARAL SANTOS PACE**

OAB/SP/107.437

Impresso por: 402736.438-73 ARPE 10388255  
16/11/2017 - 14:33:56