PINHEIRONETO
ADVOGADOS

São Paulo
R. Hungria, 1.100
01455-906
São Paulo - SP
t. +55 (11) 3247 8400
f. +55 (11) 3247 8600
Brasil

Rio de Janeiro
R. Humaitá, 275 - 16º andar
22261-005
Rio de Janeiro - RJ
t. +55 (21) 2506 1600
f. +55 (21) 2506 1660
Brasil

Brasília
SAFS - Quadra 2 - Bloco B
Ed. Via Office - 3º andar
70070-600 - Brasília - DF
t. +55 (61) 3312 9400
f. +55 (61) 3312 9444
Brasil

www.pinheironeto.com.br
pno@pn.com.br

URGENTE

02

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da __ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo

0018234-17-2013-8-26-0053 ORDEM 1138 E

ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. ("McDonald's"), empresa com sede na Alameda Amazonas, 253, Alphaville Industrial, na Cidade de Barueri, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob nº 42.591.651/0001-43, por seus advogados (Doc. 1), vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 4º, 282 e seguintes e 273 do Código de Processo Civil ("CPC"), ajuizar

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTA
(com pedido de antecipação de tutela)

contra a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo ("PROCON/SP"), visando anulação e a consequente desconstituição dos efeitos da decisão proferida pelo PROCON/SP que negou provimento ao recurso interposto pelo McDonald's nos autos do processo administrativo nº 177/2010, impondo ao McDonald's o pagamento de multa no absurdo valor de R$ 3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais).

I. OS FATOS

1. Em 4.8.2010 foi lavrado o Auto de Infração nº 5465 Série D7, no qual consta que o McDonald's teria violado o artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor ("CDC") ao veicular publicidade do McLanche Feliz e dos brinquedos comercializados em seus restaurantes (Doc. 2).

2. Em que pese o Auto de Infração tenha mencionado uma suposta representação formulada pelo Instituto Alana, o McDonald's não recebeu cópia de tal representação, inviabilizando a defesa do McDonald's quanto ao teor dessa representação, em evidente **afronta à ampla defesa e ao contraditório.**

3. A despeito disso, o McDonald's apresentou sua defesa e impugnou as acusações existentes no Auto de Infração, tendo efetivamente demonstrado a inexistência de qualquer violação ao CDC, bem como a ausência de fundamento jurídico capaz de embasar o entendimento do PROCON/SP (Doc. 3).

4. No entanto, foi proferida decisão julgando subsistente o Auto de Infração e condenando o McDonald's ao pagamento de multa no **absurdo** valor de **R$ 3.192.300,00**, sob o fundamento de que as publicidades supostamente se valeriam da "*deficiência de julgamento e experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo*" (fl. 255). (Doc. 4).

5. Inconformado com a decisão proferida pelo PROCON/SP, o McDonald's interpôs recurso administrativo, comprovando que não há qualquer ilicitude nas campanhas publicitárias veiculadas, seja porque nenhuma delas se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança, seja porque inexiste no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo legal que justifique a aplicação dessa grave sanção ao McDonald's (Doc. 5).

6. Em 2.4.2013, foi publicada decisão do PROCON/SP negando provimento ao recurso administrativo para o fim de manter a multa

aplicada (Doc. 6).

7. Nesse contexto, não resta alternativa ao McDonald's senão a de se socorrer do Poder Judiciário a fim de obter a anulação da decisão administrativa publicada em 2.4.2013 (Doc. 6). O McDonald's requer, ainda, o deferimento de tutela antecipada, para suspender a exigibilidade da multa fixada, até final julgamento desta ação.

II. MÉRITO

(i) As publicidades questionadas pelo PROCON/SP

8. Conforme se observa das decisões proferidas pelo PROCON/SP (Docs. 4 e 6), referido órgão, de forma absolutamente vaga e genérica, entende que o McDonald's teria veiculado publicidade abusiva, sem indicar em que passagem e de que forma as peças publicitárias do McDonald's violariam os dispositivos do CDC. Confira-se:

> "O Auto de infração constatou a conduta infratora do Autuado na veiculação de comerciais na mídia televisiva e na mídia eletrônica (WWW.MCDONALDS.COM.BR), que divulgaram as campanhas publicitárias associadas as promoções 'Traga um amigo', 'Agarradinhos', 'Turma do Chaves' e outra relacionada à estreia do filme 'Avatar', com teor considerado abusivo.
> Não há dúvidas de que **a publicidade da promoção é direcionada eminentemente ao público infantil e que o seu grande atrativo são justamente os brindes associados ao 'MC LANCHE FELIZ'. E aí reside a sua abusividade** porquanto se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo." (Doc. 4)

9. Como se percebe, o PROCON/SP inquinou a publicidade do McDonald's de abusiva pelo simples fato de divulgar produtos direcionados ao público infantil. De acordo com o equivocado entendimento exposto na referida decisão, o McDonald's estaria se valendo da deficiência de julgamento e experiência da criança ao simplesmente fazer menção em sua publicidade aos "*brindes associados ao 'MC LANCHE FELIZ*".

10. No entanto, **não existe qualquer norma em vigor que proíba a**

05

publicidade de produtos para crianças, de brinquedos ou alimentos.

11. Pelo contrário. O próprio CDC admite a existência de publicidade de produtos para crianças, apenas ressalvando que tal publicidade não deve se valer da falta de experiência e deficiência de julgamento da criança.

12. Não bastasse isso, não há qualquer elemento nas campanhas publicitárias do McDonald's que pudesse ser entendido como abuso da inexperiência ou deficiência de julgamento da criança. Trata-se de peças publicitárias positivas, claras e informativas, que expõem de forma transparente os produtos comercializados nos restaurantes do McDonald's.

13. No que se refere especificamente às campanhas publicitárias mencionadas pelo PROCON/SP, trata-se de peças publicitárias que utilizam uma linguagem jovem e moderna, com cores e cenários alegres e descontraídos, perfeitamente adequadas aos produtos que divulgam (Doc. 7).

14. Ao contrário do que entendeu o PROCON/SP, **as campanhas adotaram uma linguagem compatível com os produtos divulgados, apenas para chamar a atenção dos pais e responsáveis para os produtos destinados ao público infantil**, comercializados nos restaurantes do McDonald's.

15. Como é até mesmo intuitivo, o McDonald's jamais veicularia publicidade "*direcionada eminentemente ao público infantil*" (Doc. 6), **na medida em que não é este o seu público consumidor, mas sim os adultos e responsáveis**, isto é, os indivíduos que, dotados de capacidade civil, podem validamente adquirir os produtos comercializados nos restaurantes do McDonald's, bem como efetivamente decidir se a criança consumirá ou não referidos produtos.

16. Chega a ser espantoso que, mesmo aplicando uma multa milionária ao McDonald's, o PROCON/SP **não cite sequer uma**

passagem das publicidades inquinadas de abusivas em que ficaria revelada a suposta violação ao CDC.

17. A leitura atenta das decisões do PROCON/SP somente revela que o McDonald's foi multado em um valor milionário em razão de uma interpretação subjetiva do PROCON/SP, **que entende que toda a publicidade de produtos para crianças seria abusiva, o que não se coaduna com a legislação em vigor**.

18. Tendo o McDonald's conhecimento de que são os pais ou responsáveis pelas crianças quem decidem pela combinação e escolha dos alimentos que compõe a dieta alimentar de seus filhos, é evidente que a publicidade produzida se destina a esse público.

19. Tanto é assim que no próprio *site* do McDonald's (www.mcdonalds.com.br), o *link* destinado ao "McLanche Feliz" **contém informações específicas destinadas aos pais**, os quais podem se informar a respeito das combinações disponíveis no "McLanche Feliz", bem como conhecer todas as informações nutricionais necessárias para decidir quais alimentos serão consumidos por seus filhos. Confira-se:

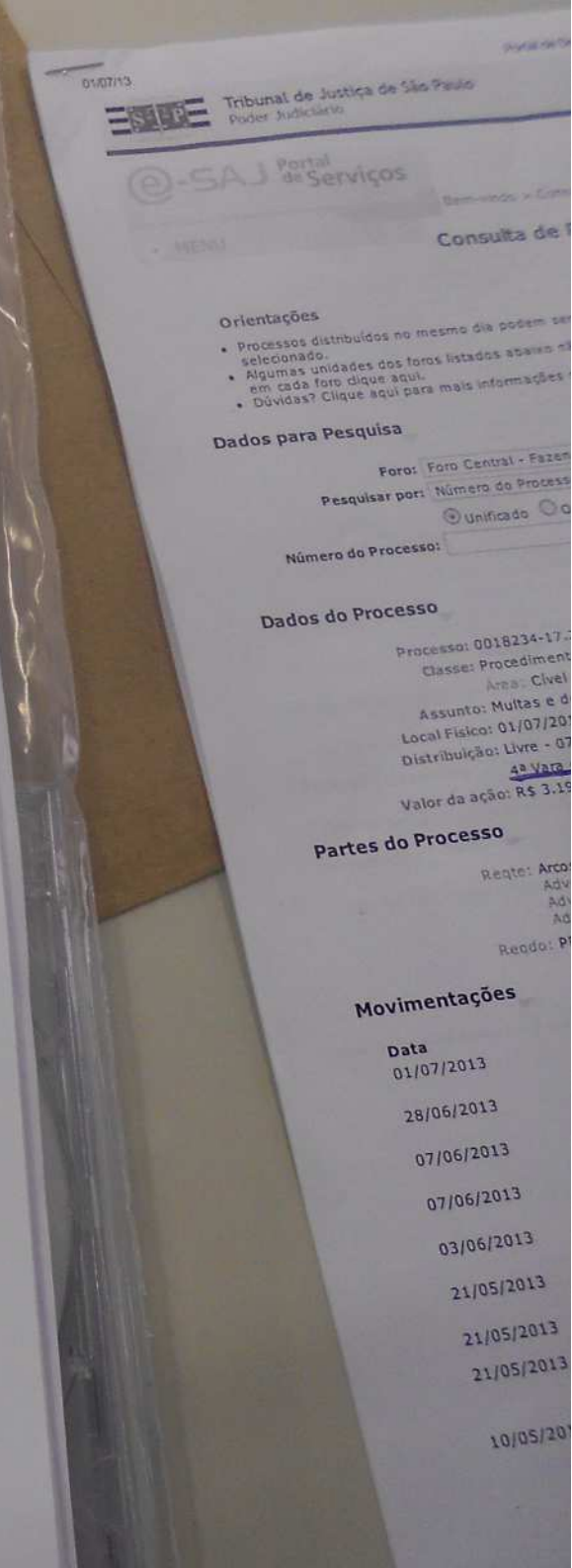
e7

20. Da mesma forma, também não prospera a premissa constante da decisão proferida pelo PROCON/SP no sentido de que a publicidade do McDonald's substituiria os desejos espontâneos das crianças por apelos mercadológicos (Doc. 4).

21. Em primeiro lugar porque, como mencionado no próprio Auto de Infração (Doc. 2), o McDonald's vende brinquedos independentemente da compra do "McLanche Feliz". Vale dizer, qualquer consumidor poderá adquirir o brinquedo sem que, para isso, tenha que consumir qualquer alimento ou bebida no McDonald's, se esse não for o seu "desejo espontâneo".

22. Podendo o brinquedo ser adquirido separadamente, é evidente que a sua publicidade jamais seria capaz de afetar os "desejos espontâneos" ou opção de consumo dos seus clientes, sejam crianças ou adultos.

23. Especialmente porque **o McDonald's informa aos consumidores, em todas as peças publicitárias do "McLanche**



Feliz", que os brinquedos podem ser adquiridos separadamente, mediante a aposição da seguinte mensagem:

> "As surpresas ou brinquedos podem ser vendidos separadamente do McLanche Feliz nos restaurantes participantes."

24. Fato é que, podendo o brinquedo ser adquirido isoladamente, os consumidores podem tanto optar por não se alimentar no McDonald's, quanto decidir por adquirir um dos inúmeros alimentos existentes no cardápio.

25. Ainda que se entenda que a publicidade do McDonald's teria a força de modificar a conduta e as opções de consumo dos indivíduos, **o que é um argumento sem qualquer fundamentação**, isso em nada justificaria a acusação de que o McDonald's divulgaria publicidade abusiva.

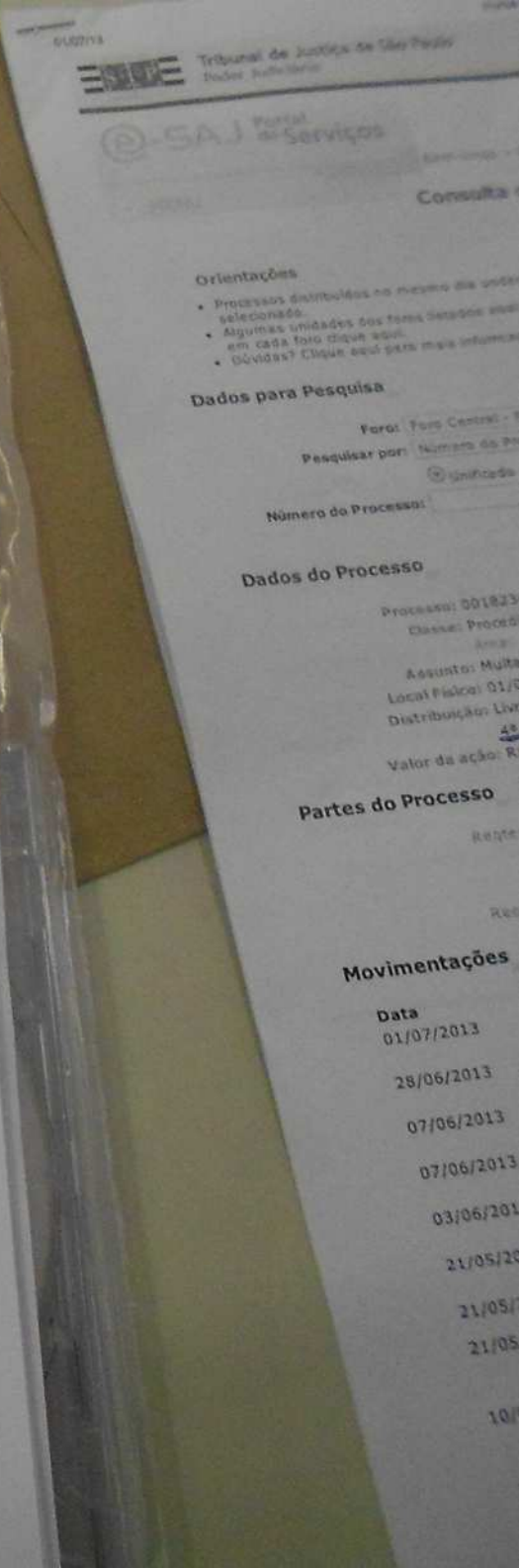
26. Isso porque todas as campanhas publicitárias mencionadas pelo PROCON/SP apresentam a mesma combinação de alimentos do "McLanche Feliz", qual seja, a caixa com quatro *nuggets* de frango, o pacote de cenouras e a bebida a base de fruta (Dell Valle).

27. Ou seja, caso se admita que o consumidor se comporte de modo a atender exatamente o que vem divulgado nas publicidades do McDonald's, deve-se entender que **toda criança que frequenta os restaurantes do McDonald's se alimenta de frango, cenoura e McFruit**, o que, como é notório, não corresponde à realidade.

(ii) Da publicidade responsável praticada pelo McDonald's

28. Na tentativa de embasar o seu equivocado entendimento, o PROCON/SP afirma que o "*próprio setor empresarial tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à crianças*", tendo as empresas de bebidas Coca-Cola e Pepsi se comprometido a eliminar, até o final de 2008, a publicidade de refrigerantes voltada para crianças (Doc. 4).

29. Assim como as empresas citadas pelo PROCON/SP, o McDonald's



também adota como política a veiculação de publicidade responsável. Nesse ponto, como consta do próprio *site* da empresa (www.mcdonalds.com.br), o McDonald's definiu como diretrizes a serem adotadas em suas campanhas **(i)** não utilizar linguagem persuasiva ou urgente ou fazer propaganda de preço para crianças; **(ii)** evitar propaganda em programas direcionados para crianças em idade pré-escolar; **(iii)** respeitar horário/programação adequada à criança e família; **(iv)** defender e promover estilos de vida ativos e equilibrados (nutrição e estilo de vida saudável para crianças; **(v)** não fazer propaganda de produtos comestíveis ou bebidas em escolas elementares; **(vi)** não mostrar crianças comendo perto da hora de dormir; **(vii)** mostrar o McLanche Feliz completo, com leque de opções em porções de tamanho apropriado para crianças; **(viii)** mostrar os brinquedos de maneira verdadeira e funcionando da forma como possa ser realizado nas mãos das crianças; e **(ix)** se o brinquedo for parte da série, comunicar claramente como a série pode ser obtida.

30. Em complementação a essa política, em agosto de 2009, o McDonald's assinou, juntamente com 22 outras empresas, o compromisso elaborado pela Associação Brasileira de Anunciantes em conjunto com a Associação Brasileira das Indústrias de Alimentos sobre a publicidade dirigida ao público infantil, o qual prevê, basicamente, as mesmas diretrizes mencionadas acima.

31. Além de o McDonald's cumprir com o seu compromisso de veicular publicidade responsável, não realizando campanhas que possam atingir de forma negativa o público infantil, fato é que a empresa criou um canal exclusivo de comunicação com os pais e responsáveis pelas crianças.

32. Como já demonstrado pelas telas acima reproduzidas, o McDonald's apresenta diversas informações relevantes relacionadas ao modo de preparo e características nutricionais dos diversos alimentos que podem compor o McLanche Feliz.

33. Tal iniciativa somente reforça a boa-fé e preocupação da empresa em transmitir todas as informações necessárias para os pais e responsáveis escolherem de forma livre e consciente quais os produtos

que farão parte da dieta alimentar de seus filhos, garantindo não só a correta informação de seus clientes, como também o bem estar das crianças que consumem os produtos comercializados pelo McDonald's.

34. Nesse ponto, vale destacar que também é completamente despropositado o entendimento do PROCON/SP de que as campanhas publicitárias do McDonald's supostamente veiculariam alimentos não saudáveis.

35. **Tal premissa apenas reflete uma visão preconceituosa e desinformada quanto aos alimentos comercializados pelo McDonald's**, decorrente da visão leiga e deturpada que se tem de empresas que atuam no segmento de *fast food*.

36. Tamanha é a falta de embasamento jurídico válido para sustentar esse descabido entendimento que a decisão do PROCON/SP tenta se socorrer de (i) "estudo" – não se sabe de quem, nem com base em quais critérios – que comprovaria que a obesidade é maior entre as crianças que assistem televisão; e (ii) informação no sentido de que "*a publicidade de alimentos não-saudáveis dirigida às crianças, inclusive, é o foco da ação mundial lançada no dia 15 de março de 2008 pela Consumers International*" (Doc. 4).

37. Muito embora seja evidente o caráter não jurídico desses argumentos, vale destacar que o "estudo" mencionado pelo PROCON/SP de nenhuma forma se refere à veiculação de publicidade de alimentos na televisão e a sua contribuição para obesidade infantil. Tal "estudo" apenas demonstraria que as crianças que ficam expostas por mais tempo à televisão tendem a apresentar peso mais elevado.

38. Tal constatação, no entanto, de nenhuma forma está relacionada ao McDonald's ou às publicidades que veicula. Da mesma forma, a simples informação de que a publicidade de alimentos não saudáveis está sendo discutida por organizações de âmbito internacional não torna ilícita a publicidade veiculada pelo McDonald's, seja porque não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo legal nesse sentido, seja porque a publicidade do McDonald's não é de nenhuma forma

contrária aos hábitos alimentares saudáveis de seus consumidores.

39. De fato, ainda que a publicidade de alimentos não saudáveis estivesse sendo discutida no Congresso Nacional, órgão competente para inovar o ordenamento jurídico **brasileiro**, isso jamais justificaria a autuação do McDonald's. Conforme é notório, o princípio da legalidade, constitucionalmente garantido, prevê que **o McDonald's apenas poderia ser apenado caso existisse uma norma jurídica em vigor que previsse sua conduta como ilícita**.

40. Não bastasse isso, frise-se, não há como se entender que a publicidade do McDonald's promoveria o consumo de "alimentação pouco saudável", uma vez que os alimentos divulgados consistem em frango, cenoura e McFruit, uma alimentação altamente saudável.

41. Como é notório e pode ser confirmado por qualquer especialista, os nutrientes existentes em sanduíches e lanches são os mesmos existentes nos demais alimentos, sejam carnes, grãos ou massas. Nesse sentido, o corpo humano não difere se o nutriente ingerido proveio de um sanduíche ou de um filé, por exemplo.

42. Logo, a associação entre os alimentos comercializados no McDonald's e uma dieta "pouco saudável" é absolutamente indevida e decorre do absoluto desconhecimento do intérprete. Assim como o indivíduo pode realizar uma refeição altamente saudável apenas com os alimentos comercializados no McDonald's, também pode consumir muito mais gorduras e calorias ao se alimentar à base de carnes, massas e grãos do que comendo um sanduíche do McDonald's, por exemplo.

43. Não fosse isso o bastante, fato é que o McDonald's adota rígidos padrões de qualidade e higiene, seguidos rigorosamente em seus restaurantes e por seus fornecedores. Desnecessário citar que, sob essa perspectiva, a alimentação feita nos restaurantes do McDonald's é até mais favorável para os consumidores do que refeições realizadas em bancas de rua e estabelecimentos que não mantêm qualquer controle de qualidade e higiene dos produtos, ainda que não sejam considerados *fast food*.

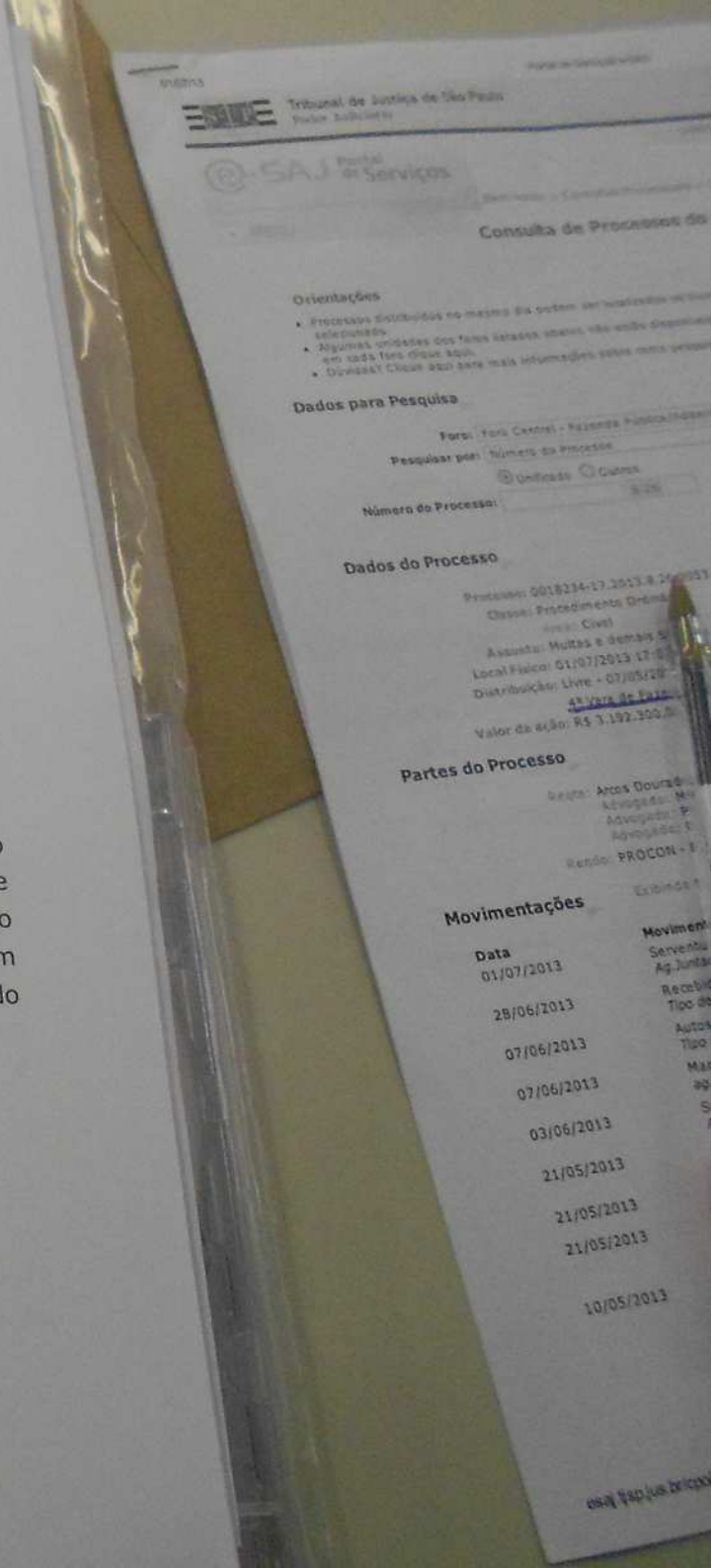
44. Ainda porque, mesmo que o consumidor opte por se alimentar no McDonald's quando da aquisição do brinquedo, poderá escolher livremente entre toda a gama de diferentes alimentos oferecidos, que, na época de veiculação das publicidades ora questionadas, iam desde os tradicionais sanduíches, refrigerantes e batata frita (com zero de gordura trans), até produtos como (i) "Cenouritas do Ronald", (ii) maçã; (iii) água de coco, (iv) água mineral, (v) salada de frutas, (vi) quatro tipos de saladas, e (vii) iogurte com frutas vermelhas e cereais.

45. Trata-se de opções cuja composição nutricional apresenta baixos índices de calorias, gorduras e sódio e que, portanto, infirmam a premissa do PROCON/SP de que a publicidade do McDonald's promoveria "hábitos alimentares inadequados".

46. Fato é que, como amplamente exposto pelo McDonald's no seu recurso administrativo (itens 44/74 do Doc. 5), na época em que as publicidades questionadas foram veiculadas, caso o consumidor optasse por adquirir o "McLanche Feliz", havia uma série de combinações possíveis que eram adequadas a sua necessidade diária de consumo de calorias, **variando entre 18% e 33% da quantidade de calorias que uma criança deve consumir diariamente**.

47. Confira-se, a esse respeito, o parecer elaborado pelo reconhecido **Professor Alfredo Halpern**, Professor Livre Docente da Universidade de São Paulo, Chefe do Grupo de Obesidade e Síndrome Metabólica do Hospital das Clínicas de São Paulo, juntado aos autos de uma ação em que se discute, entre outros temas, o potencial dos produtos do McDonald's em contribuir para a obesidade:

> "**Muitos produtos comercializados no McDonald's não apresentam alto teor calórico, tampouco gordura e açúcar em excesso**. São exemplos as saladas, as maçãs, as cenouras, o iogurte com frutas, a salada de frutas, os nuggets, o sanduíche de frango grelhado, a água de coco e todos os sabores de Del Valle.
> A opção de compra de um McLanche Feliz pelo consumidor pode abranger uma variação calórica que vai de 212 kcal a 690 kcal. **Dentro desta variação, é perfeitamente factível ter um dia balanceado do ponto de vista alimentar**.



13

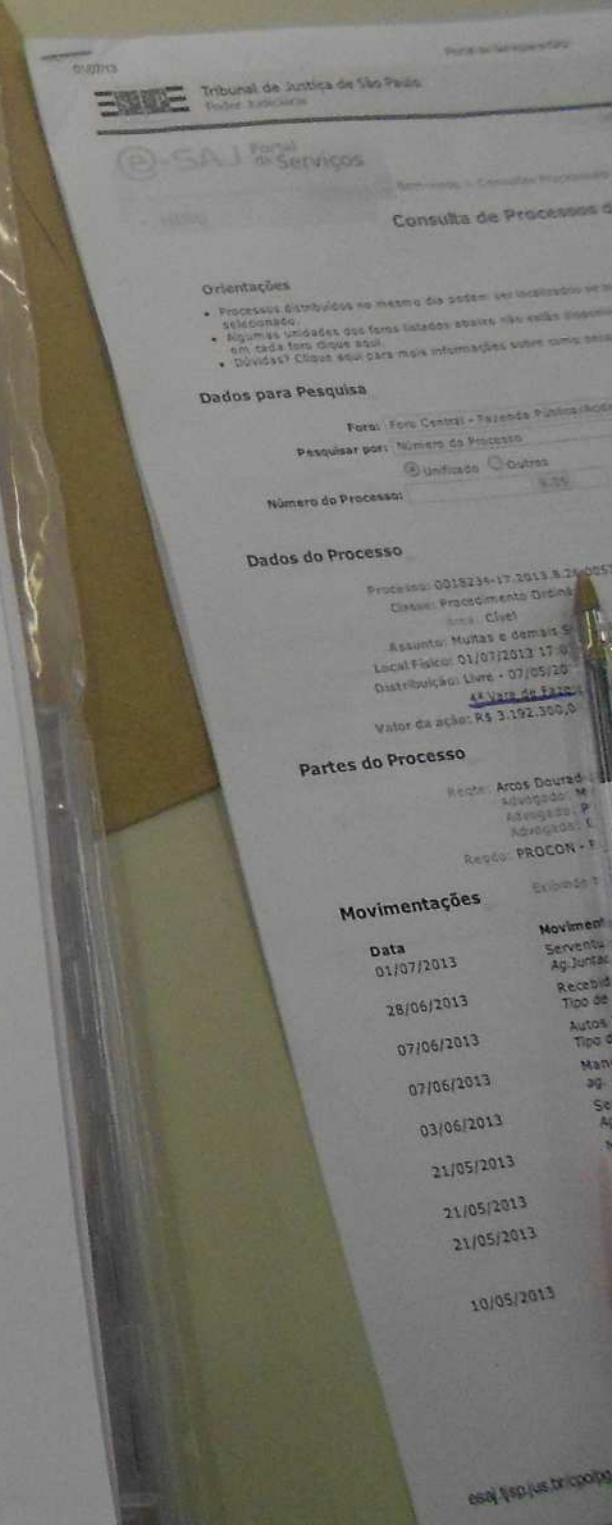
(...)
Uma criança que se alimente no McDonald's três a quatro vezes por mês optando pelo McLanche Feliz ingeriria nessas refeições um total de 2.070 a 2.760 kcal, dentro de um consumo mensal de calorias de 42.000 a 60.000. **Não é razoável admitir que um possível quadro de obesidade na criança ou no adolescente seja causado por essas refeições.**
Uma criança que tem uma alimentação balanceada, com uma vida ativa, que se alimenta uma vez por semana no McDonald's se enquadra em um ambiente que não favorece o desenvolvimento da obesidade. Lembro que uma refeição mais calórica pode estar inserida no contexto de uma alimentação saudável, desde que haja um equilíbrio com o passar do tempo. Em contrapartida, **não é plausível afirmar que não fazer refeições no McDonald's torna o conjunto da alimentação de uma criança mais profícuo**. Uma criança que nunca tenha se alimentado no McDonald's, mas que possui alimentação desequilibrada e hábitos de vida sedentários, não está protegida do ganho de peso e da obesidade pelo simples fato de não freqüentar os restaurantes da rede. Muitas crianças que não se alimentam no McDonald's possuem hábitos de vida inadequados, com desequilíbrio alimentar e sedentarismo levando a obesidade. Mais ainda, na minha experiência pessoal avaliando crianças obesas de todas as classes socioeconômicas (menos favorecidas, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP e mais abastadas, em clínica privada), não observo uma freqüência expressiva de refeições realizadas no McDonald's." (Doc. 8 - sem ênfase no original)

48. Vale destacar que, recentemente, o McDonald's inovou o seu sistema produtivo, garantindo uma alimentação ainda mais saudável e balanceada às crianças. Nesse sentido, o McDonald's incluiu em todas as combinações do McLanche Feliz uma fruta como sobremesa e conseguiu reduzir ainda mais as calorias de suas refeições, mantendo a qualidade, sabor e nutrientes de seus alimentos.

49. Por tudo isso, resta claro que a premissa do PROCON/SP de que os alimentos vendidos no McDonald's seriam "pouco saudáveis", é totalmente equivocada e inverídica.

(iii) Inexistência de violação às normas vigentes

50. A doutrina conceitua publicidade como toda forma de comunicação dirigida à coletividade com a finalidade de promover, seja direta ou indiretamente, o consumo de determinado produto ou serviço.



51. Uma vez que o consumo depende da celebração de contratos de compra e venda entre o fornecedor e o consumidor, é evidente que a publicidade é, em regra, voltada para o público que pode validamente celebrar esse tipo de contrato, isto é, os indivíduos capazes e maiores de idade.

52. Sob esse ponto de vista, a publicidade é reconhecida como valioso instrumento do mercado de consumo, sendo certo que o **CDC não proíbe de qualquer forma a publicidade**, mas sim estabelece os limites que, uma vez extrapolados, caracterizam a publicidade como ilícita.

53. A esse respeito, o CDC proíbe a publicidade enganosa e/ou abusiva, nos termos definidos no artigo 37. Se, por um lado, a publicidade enganosa remete a atributos objetivos do produto ou do serviço, caracterizando-se pela omissão de informação relevante ou mesmo existência de uma informação inverídica sobre as características de determinado produto ou serviço; de outro a publicidade abusiva se relaciona a aspectos subjetivos do próprio consumidor, e não do produto ou serviço.

54. Publicidade abusiva é a que afronta os valores tidos como importantes por determinado grupo social, cuja mensagem ou meio de divulgação, ainda que verdadeiros, desrespeitam a moral da coletividade.

55. A doutrina conceitua a publicidade abusiva como aquela que, muito embora não traga, necessariamente, informações equivocadas ou incompletas sobre um produto ou serviço, possa ofender os valores sociais dos consumidores:

> "O art. 37, § 2º, elenca, em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se a ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação (conceito que não se confunde com deficiência mental), à segurança e à sensibilidade do consumidor. Veja-se que as diversas modalidades de publicidade abusiva, ao contrário da publicidade enganosa, não atacam o bolso do consumidor, isto é, não têm, necessariamente, o condão de causar-lhe prejuízo econômico." (Antônio Herman V. Benjamin, *in* "Manual de Direito do Consumidor", São Paulo:

RT, 2007, p. 210)

56. Nesse aspecto, a aferição da abusividade de uma publicidade é, em regra, extremamente subjetiva, conquanto as suscetibilidades do intérprete influenciem decisivamente na análise.

(a) inexistência de vedação à publicidade de produtos para crianças

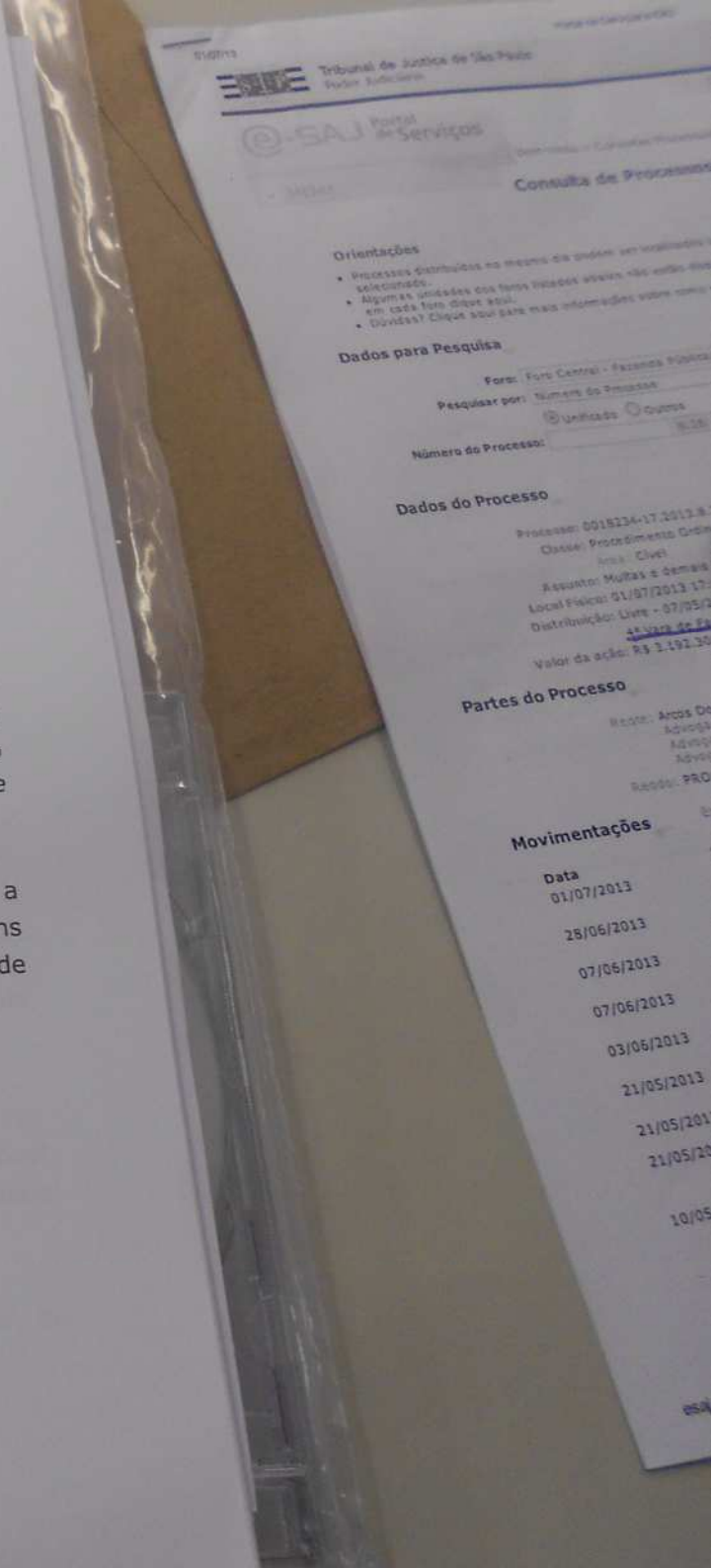
57. Especificamente no que se refere à publicidade de produtos para crianças, não existe qualquer dispositivo legal ou mesmo precedente jurisprudencial que classifique, de modo absoluto, que toda a forma de publicidade de produtos para crianças seria abusiva.

58. Nesse sentido, o artigo 37, § 2°, do CDC prevê ser abusiva apenas a publicidade que "*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*" e não toda e qualquer publicidade de produtos para crianças, como equivocadamente defende o PROCON/SP.

59. Como é evidente, se a intenção do legislador fosse proibir de forma absoluta a publicidade voltada para crianças, teria classificado como abusiva simplesmente a publicidade de produtos para crianças, e não especificamente aquela que "*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*".

60. Tanto é que a doutrina especializada é clara em citar que a publicidade de produtos para crianças deve se revestir de alguns cuidados e atenção especial, sendo forçoso concluir que tal publicidade não é vedada, por si só. Atente-se para as seguintes lições:

> "O Código menciona, expressamente, a questão da **publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial**. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.
>
> Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em



seus pais, professores etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade." (Antônio Herman V. Benjamin, "Manual de Direito do Consumidor", RT: São Paulo, 2007, p. 210 – sem ênfase no original)

"As condições de vida da criança em cada caso concreto irão determinar a possibilidade de tirar proveito de deficiências que apresente, **sendo inviável regra geral**, ante a heterogeneidade das condições de vida da infância no Brasil. **Para que a abusividade se caracterize será necessário que o aproveitamento atinja a maioria das crianças alcançáveis pela mensagem publicitária** e não de uma ou algumas dentre elas." (Walter Ceneviva, "Publicidade e Direito do Consumidor", RT: São Paulo, 1991, p. 130 - sem ênfase no original)

61. Os excertos acima transcritos demonstram que **a doutrina entende que nem toda a publicidade que envolva a criança será abusiva**.

62. No caso das publicidades questionadas pelo PROCON/SP, não há qualquer frase ou mensagem imperativa, tampouco apelos às crianças para que façam ou deixem de fazer qualquer coisa ou adquiram qualquer produto que seja.

63. Vale ressaltar, ainda, que a própria Constituição Federal reconhece a importância da publicidade ao determinar, em seu artigo 220, § 4º, que as publicidades de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estarão sujeitas a restrições legais.

64. Ou seja, mesmo nos casos de produtos nocivos aos consumidores a Constituição Federal previu o direito de divulgação publicitária, desde que respeitados os limites legais.

65. E isso pelo simples fato de que a publicidade decorre de um dos princípios da ordem econômica, qual seja, a livre iniciativa, o qual compõe, **ao lado da defesa do consumidor**, os pilares da atividade econômica, como previsto no artigo 170 da Constituição Federal.

66. Se, de um lado, deve-se ter em vista a defesa do consumidor, de

Tribunal de Justiça de São Paulo
Poder Judiciário

e-SAJ Portal de Serviços

Consulta de Processos do

Orientações

Dados para Pesquisa

Foro: Foro Central - Fazenda Pública/Autos

Pesquisar por: Número do Processo

Unificado Outros

Número do Processo:

Dados do Processo

Processo: 0018234-17.2013.8.26.0053

Classe: Procedimento Ordinário

Área: Cível

Assunto: Multas e demais

Local Físico: 01/07/2013 17:0

Distribuição: Livre - 07/05/20

4ª Vara da Faze

Valor da ação: R$ 1.192.300,0

Partes do Processo

Autor: Arcos Dourad

Advogado: M

Advogado: P

Advogado: C

Réu: PROCON - F

Movimentações

Data	Movimento
01/07/2013	Serventia Ag.Junta
28/06/2013	Recebi
07/06/2013	Autos
07/06/2013	Ma
03/06/2013	
21/05/2013	
21/05/2013	
21/05/2013	
10/05/2013	

outro se deve reconhecer o direito à livre iniciativa e, com ela, um de seus principais caracteres, ainda mais em um modelo capitalista, que é a publicidade.

67. É nesse sentido que Guido Alpa enuncia que "*o binômio publicidade-sociedade de consumo tornou-se indissolúvel sendo um fenômeno não eliminável da sociedade capitalista*"[1].

68. Como é evidente, isso não significa dizer que a publicidade deve ser ilimitada ou que não possa sofrer restrições, mas sim que é ferramenta inerente à livre iniciativa e à própria ordem econômica, cuja restrição deve necessariamente decorrer de lei, como inclusive, vem previsto no artigo 220, § 4º, da Constituição Federal.

69. Assim, não se pode admitir como correta a tese do PROCON/SP, segundo a qual toda a publicidade de produtos para crianças estaria proibida, até porque não há qualquer dispositivo legal que assim determine.

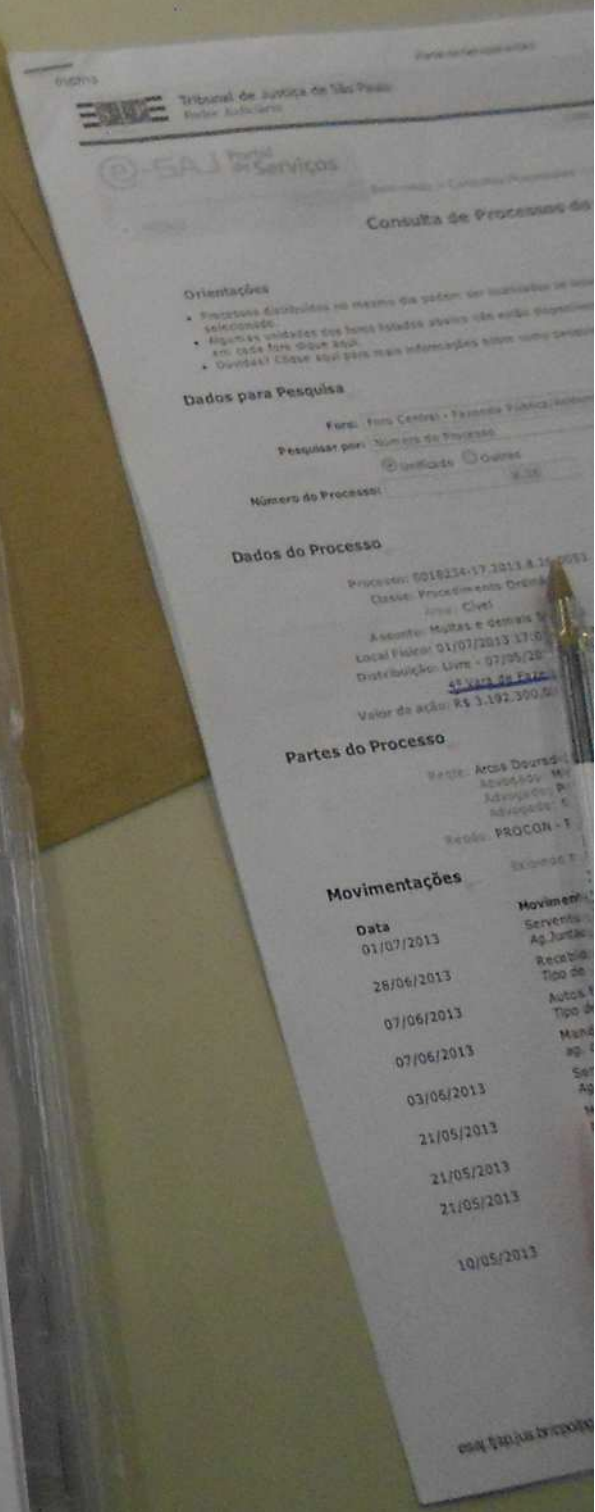
70. De certo, afastadas as "pesquisas" – de valor científico absolutamente questionável – e teses e monografias acadêmicas citadas pelo PROCON/SP, tem-se que o verdadeiro motivo para a autuação do McDonald's foi o simples fato de a sua publicidade ter supostamente sido dirigida a crianças.

71. Prova disso é o trecho citado pelo PROCON/SP em suas decisões no sentido de que "*a publicidade, para não ser abusiva, deve ser dirigida a quem compra, e não a quem influencia a compra*" (Docs. 4/6).

72. Apenas a título de esclarecimento, cite-se que tramitam perante o Congresso Nacional diversos projetos de lei que pretendem proibir a publicidade de produtos para crianças, tais como o Projeto de Lei nº 5921/01 que tem como finalidade alterar o § 2º do artigo 37 do CDC para que seja "*proibida a publicidade destinada a promover a venda de*

---

[1] Conforme Aliette Maria S. D. N. Teixeira de Almeida, "A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor" in Revista de Direito do Consumidor nº 53, São Paulo: RT, 2005, p. 17



produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas às crianças".

73. Havendo um Projeto de Lei com tal objetivo, forçoso concluir que **até o momento não há no nosso ordenamento jurídico disposição legal que impeça, de forma absoluta, a publicidade dirigida às crianças**. Isso somente ocorrerá caso o Projeto de Lei venha a se tornar Lei Federal nos termos propostos no referido projeto. E, ainda assim, é evidente que uma Lei que venha a ser aprovada jamais poderia levar à caracterização de uma publicidade veiculada antes de sua promulgação como abusiva.

(b) Inexistência de violação ao artigo 37, § 2º, do CDC

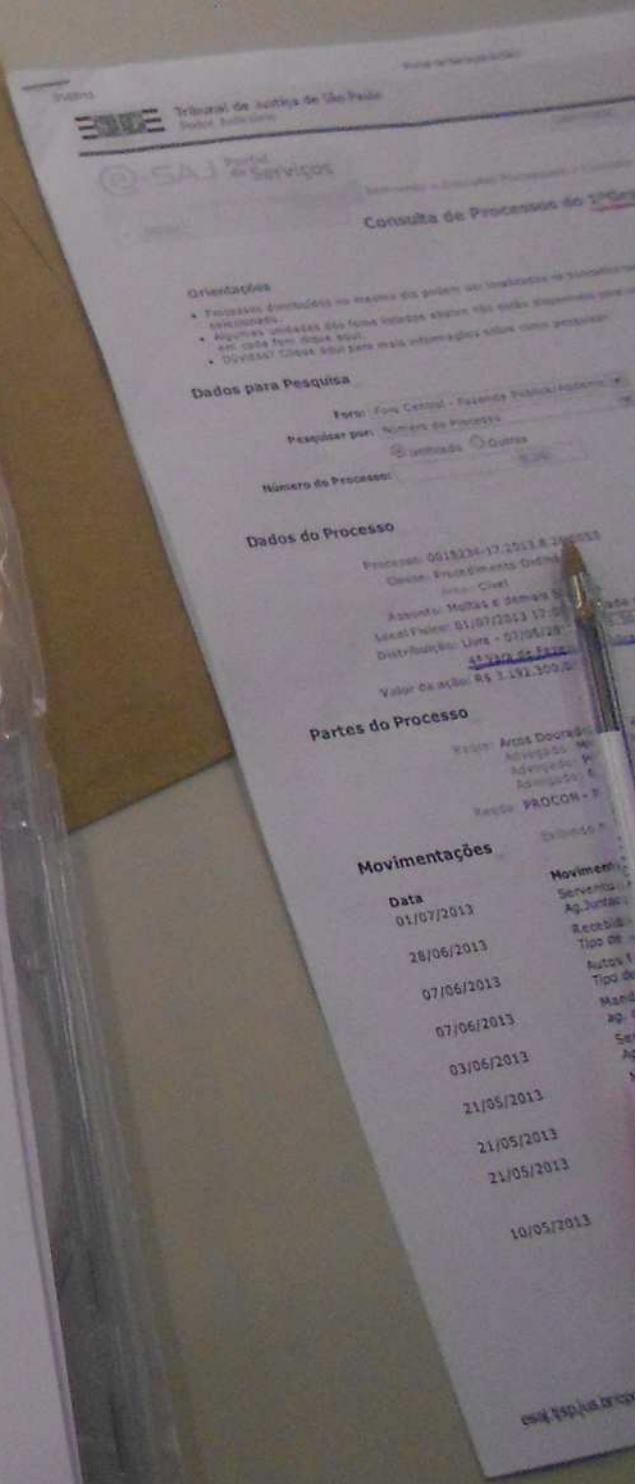
74. Inexistindo dispositivo legal que vede a publicidade de produtos para crianças, a decisão recorrida menciona genericamente que as campanhas publicitárias divulgadas pelo McDonald's violariam o artigo 37, § 2º, do CDC.

75. No entanto, as campanhas veiculadas pelo McDonald's não eram discriminatórias de qualquer forma, não estimulando, promovendo ou incitando o público a se comportar de forma contrária a qualquer grupo de pessoas.

76. Uma vez mais, cumpre ressaltar que as campanhas adotavam uma linguagem lúdica e tinham por finalidade transmitir ao público consumidor a ideia de que se tratava de divulgação de produtos destinados a crianças. Em nenhum momento a campanha discriminava ou desmerecia qualquer grupo social.

77. Da mesma forma, não há como sustentar que as campanhas incitem a violência. Não há qualquer menção, seja explícita ou implícita, a qualquer forma de violência nas campanhas publicitárias. Pelo contrário. Até por estar relacionada a produtos voltados ao público infantil, as campanhas eram notadamente leves e pueris.

78. Também não há como se entender que as campanhas exploravam



o medo ou superstição, na medida em que não havia qualquer referência a ícones que remetam a esses temas. As campanhas apresentavam imagens positivas e de cores vivas, nas quais os personagens apareciam sorrindo e felizes, algo totalmente incompatível com a exploração do medo ou superstição.

79. Ainda, não há como se conceber que a publicidade exploraria a deficiência de julgamento ou inexperiência das crianças. Não há qualquer aspecto da publicidade que pudesse induzir as crianças a se comportarem de forma contrária aos seus interesses, ou que se beneficie de algum desconhecimento das crianças.

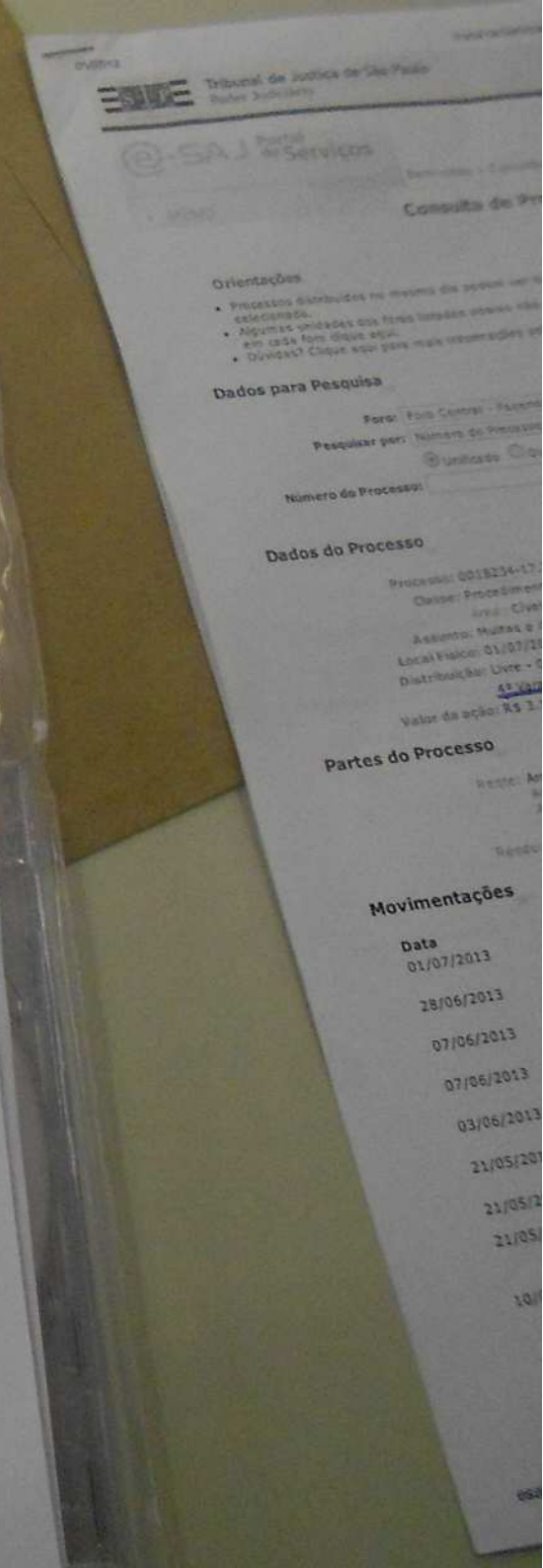
80. Ainda que, como entendeu o PROCON/SP, admita-se que as campanhas associariam os brinquedos a sentimentos positivos, esse fato jamais poderia ser considerado como exploração da deficiência de julgamento ou inexperiência da criança.

81. E isso porque **toda e qualquer publicidade procura associar o produto divulgado a sentimentos positivos e de alegria**. Caso as campanhas do McDonald's pudessem ser consideradas abusivas por esse motivo, certamente todas as peças publicitárias do mercado também teriam que ser reconhecidas como abusivas e, portanto, ilegais.

82. Como é evidente, a preocupação do CDC, externada pela doutrina, consiste em evitar que a publicidade se prevaleça de uma visão errada que as crianças têm da realidade, ou as induza a se comportar de uma forma que não se comportariam caso tivessem maior experiência e discernimento.

83. É o caso, por exemplo, de campanhas que induzem a criança a acreditar que seria mais amada ou querida por seus pais caso estes lhe dessem determinado produto. Que teriam mais amigos ou seriam melhores, mais bonitas, inteligentes ou divertidas caso ganhassem determinado produto.

84. Todavia, ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, esse não é o caso das campanhas veiculadas pelo McDonald's. Nas referidas



campanhas não havia nenhuma referência ao fato de que as crianças seriam mais queridas ou amadas se seus pais ou responsáveis adquirissem produtos no McDonald's.

85. Da mesma forma, as campanhas não apresentavam situação de diferenciação, em que uma criança estaria em condição melhor do que a outra por (não) possuir o produto anunciado. Pelo contrário, nas campanhas do McDonald's as crianças foram retratadas sem qualquer distinção, não se criando de qualquer forma a sensação de superioridade de uma criança em relação à outra, daquela que tem algum produto em relação à que não o tem.

86. Quanto aos valores ambientais também não há que se falar em qualquer tipo de violação, na medida em que as campanhas não tiveram qualquer cunho ambiental, não fazendo referência específica à natureza, por qualquer forma.

87. Quanto a incitar os consumidores a se comportarem de forma perigosa ou prejudicial à saúde, as campanhas se limitaram a apresentar imagens felizes, não havendo qualquer menção ao perigo ou estímulo à prática de ato perigoso ou possivelmente prejudicial aos consumidores.

88. Independente das crenças pessoais de cada um, é difícil compreender em que medida um anúncio que utiliza uma linguagem lúdica, adequada aos produtos que anuncia, que não usa de violência, preconceito, discriminação ou qualquer comportamento imoral, ilegal ou reprovável poderia ser tida por abusiva, como defende o PROCON/SP.

(c) A jurisprudência já reconheceu a licitude de publicidade de produtos para o público infantil

89. Conforme amplamente demonstrado acima, o McDonald's já comprovou que não existe qualquer dispositivo legal ou mesmo precedente jurisprudencial que classifique, de modo absoluto, toda a forma de publicidade de produtos para crianças como abusiva.

90. Muito pelo contrário. **O E. Tribunal *ad quem***, ao julgar casos

21

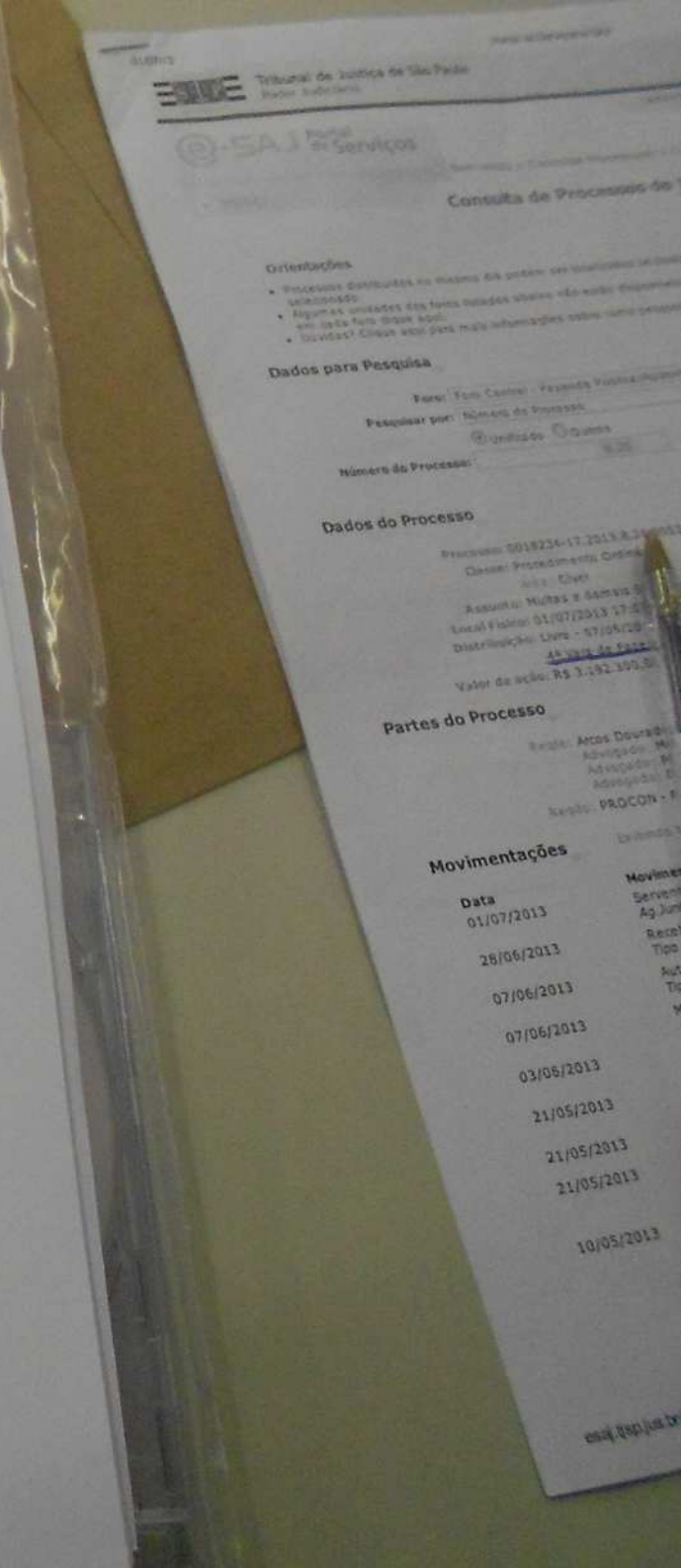
semelhantes ao presente, concluiu que **não há qualquer norma no Ordenamento Jurídico Brasileiro que proíba a veiculação de material publicitário voltado para o público infantil, não se podendo presumir que toda e qualquer publicidade destinada às crianças seja lesiva**. Atente-se:

> "Ação Civil Pública. Comercialização de alimentos. **Material publicitário voltado para o público infantil. Ausência de vedação constitucional ou legal de tal prática, não podendo se presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo.** Princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e do princípio da isonomia (artigo 170, da Constituição da República). **Recurso improvido**" (Doc. 9 - Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Desembargador Maia da Cunha, Presidente Da Seção De Direito Privado, j.: 19.9.2011 – sem ênfase no original – sem ênfase no original)

91. Como se percebe, ao contrário do entendimento adotado pelo PROCON/SP de que as publicidades veiculadas pelo McDonald's seriam abusivas porquanto se valeriam da *"deficiência de julgamento e experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo"* (fl. 255), o E. Tribunal *ad quem* concluiu que **a simples veiculação de publicidade voltada para o público infantil não é de nenhuma forma lesiva ou contrária ao ordenamento jurídico vigente**.

92. Conforme se depreende do entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, para que se pudesse reconhecer a ilegalidade de toda e qualquer publicidade veiculada ao público infantil, como restou entendido pelo PROCON/SP, o Poder Legislativo deveria promover o processo legislativo competente de criação e aprovação de lei com a referida vedação.

93. Fato é que, sem uma lei aprovada e em vigor com esse teor, é defeso ao PROCON/SP impor tal vedação, sob pena de incorrer em patente violação ao princípio da legalidade, estampado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se novamente trecho de acórdão prolatado pelo E. Tribunal *ad quem*:



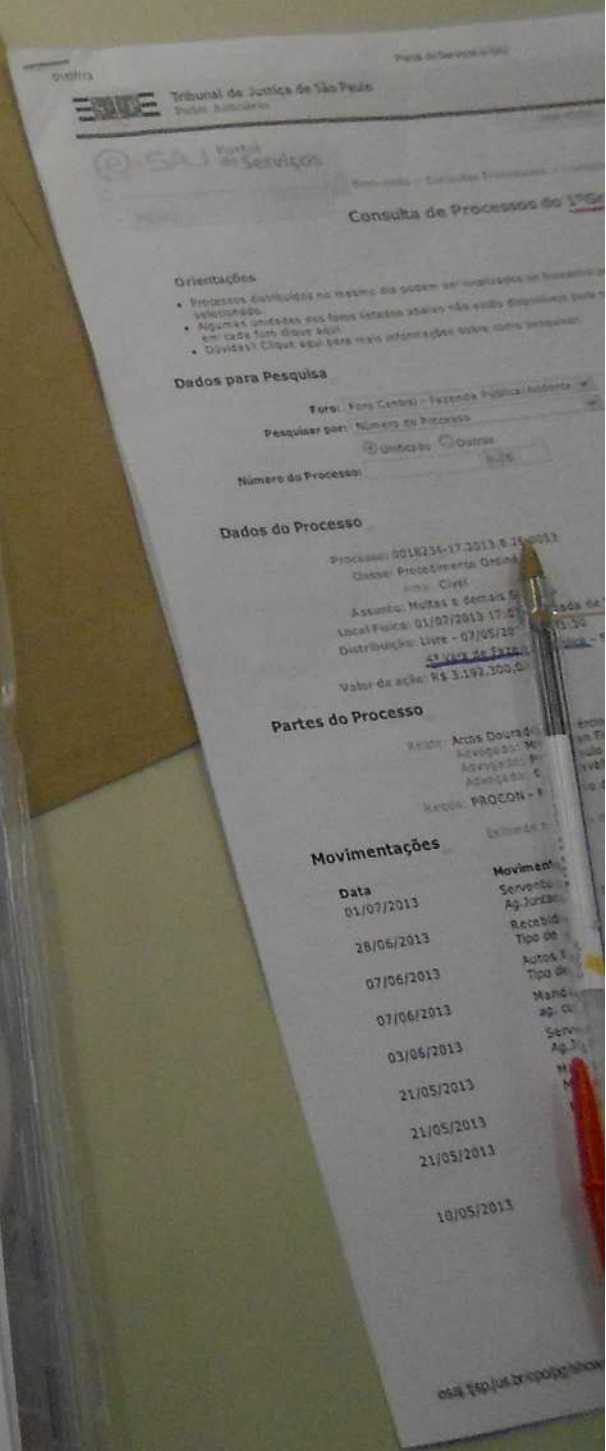
22

"O que se tem é a análise da legalidade das campanhas publicitárias voltadas ao público infantil (utilização de termos, imagens lúdicas e estratégias de venda para atrair o público infantil). Por força de cláusula pétrea, a trazer em seu bojo a essência do princípio da legalidade, 'ninguém será obrigado a fazer nada ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Portanto, de forma abstrata e genérica, consoante pugna o apelante em sua petição inicial e apelação, **apenas e tão somente poderia o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade das peças publicitárias promovidas pelas apeladas (todas e quaisquer delas), se o ordenamento jurídico vigente expressamente proibisse tal conduta. Em suma, se o poder constituído do Estado, o Poder Legislativo, após cumprimento do processo legislativo, tivesse adotado como norma padrão para a sociedade brasileira a proibição de tal conduta, assim não poderia o Poder Judiciário decidir. Contudo, não tendo sido adotada tal norma, não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil. Tal qual pretendido pelo apelante, estaria o Poder Judiciário, ao arrepio dos princípios constitucionais e da Lei, a promover censura prévia, e, portanto, a cercear a manifestação do livre pensamento** (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição da República" (Doc. 9 – sem ênfase no original)

94. Não bastasse o quanto exposto acima, no entendimento do E. Tribunal *ad quem*, somente poder-se-ia restringir uma publicidade destinada ao público infantil nos casos em que **(i)** o objeto da publicidade fosse a comercialização de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, ou qualquer produto nocivo à saúde e ao meio-ambiente, consoante disposto no artigo 220, § 4º da Constituição Federal; ou **(ii)** a publicidade se mostrasse exorbitante ou nociva. Confira-se:

> "No caso em tela, não se trata de comercialização de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamentos ou terapias, nem tampouco de qualquer produto nocivo à saúde – **pelo contrário, são estratégias de venda dos chamados 'cereais matinais', tidos por nutricionistas como saudáveis – razão pela qual não há que se promover a restrição absoluta pleiteada sob tal ótica."** (Doc. 9 – sem ênfase no original)

95. Como se percebe do quanto exposto no acórdão, não estando a publicidade enquadrada no artigo 220 da Constituição Federal, bem como não tendo conteúdo nocivo ao público infantil, inexiste qualquer fundamento que possa ensejar a sua vedação.



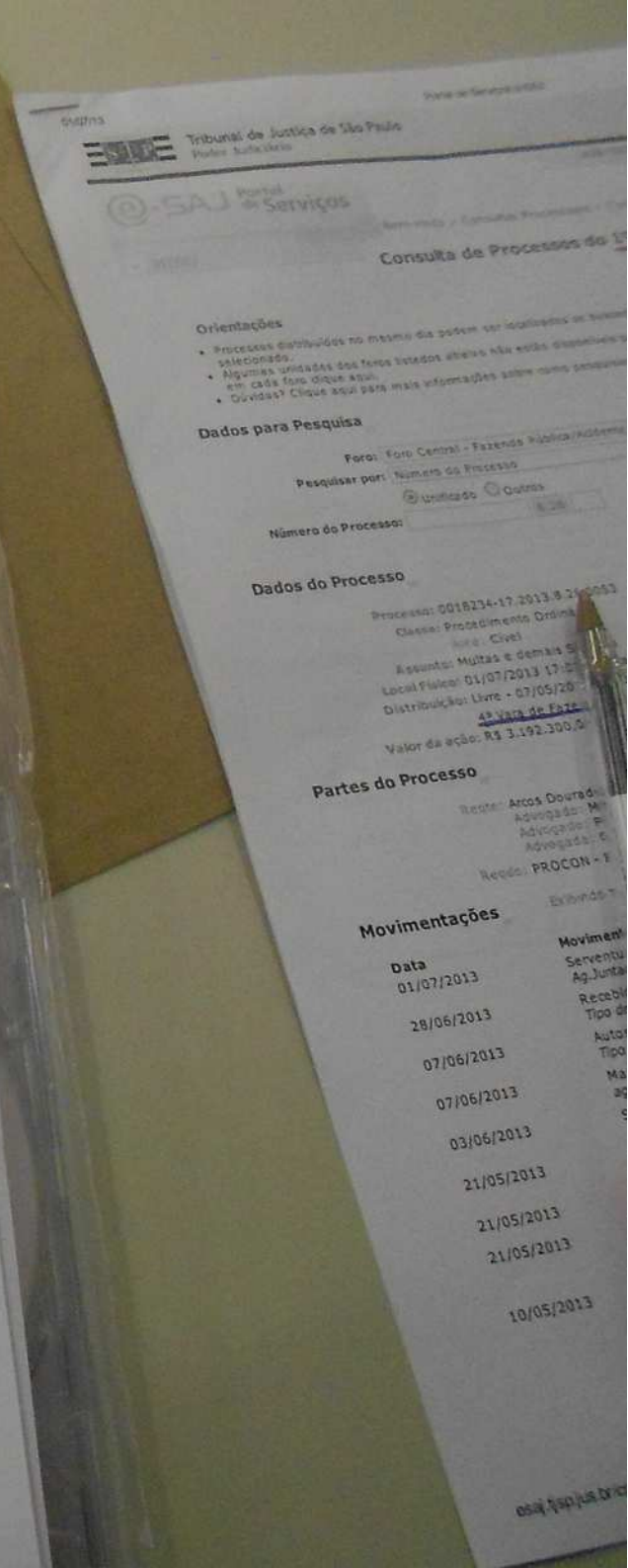
96. No presente caso, a publicidade do McDonald's não trata da comercialização de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamentos ou terapias, nem tampouco de qualquer produto nocivo à saúde. Nesse ponto, repita-se, as peças publicitárias mencionadas pelo PROCON/SP apenas **promovem a venda de frango, cenoura e McFruit, alimentos altamente saudáveis** e que de nenhuma forma podem ser interpretados como nocivos à saúde. Note-se que a decisão questionada nem mesmo alega que a publicidade do McDonald's promoveria produtos nocivos.

97. Resta evidente, portanto, que as publicidades veiculadas pelo McDonald's não estão enquadradas no artigo 220 da Constituição Federal, tampouco promovem produtos nocivos à saúde, sendo forçoso concluir por sua legalidade.

98. Além disso, como bem exposto pelo E. Tribunal *ad quem*, **a publicidade direcionada ao público infantil não pode ser vista como prejudicial quando não subtrai ou diminui o poder de escolha e orientação dos pais**. Atente-se:

> "O conteúdo de peça publicitária, pontualmente colocada sob análise judicial, apenas e tão somente poderia ser reputado ilegal, e, portanto, sujeito a sofrer restrição em sua veiculação, se ferisse tais princípios e regramento, **o que também não se verifica no caso em testilha**. Isto porque, ad argumentandum, **as peças publicitárias encartadas aos autos não trazem em seu bojo qualquer conteúdo nocivo ao público infantil (pelo contrário, as embalagens dos produtos trazem em destaque a tabela nutricional de cada um deles), nem tampouco se valem de forma inescrupulosa das condições de pequenos consumidores em formação. Em suma, não subtraem o ou diminuem o poder de escolha e orientação dos pais, seja na aquisição do produto, seja no consumo moderado, o que é salutar para todo e qualquer alimento**" (Doc. 9 – sem ênfase no original)

"Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, **não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil**,



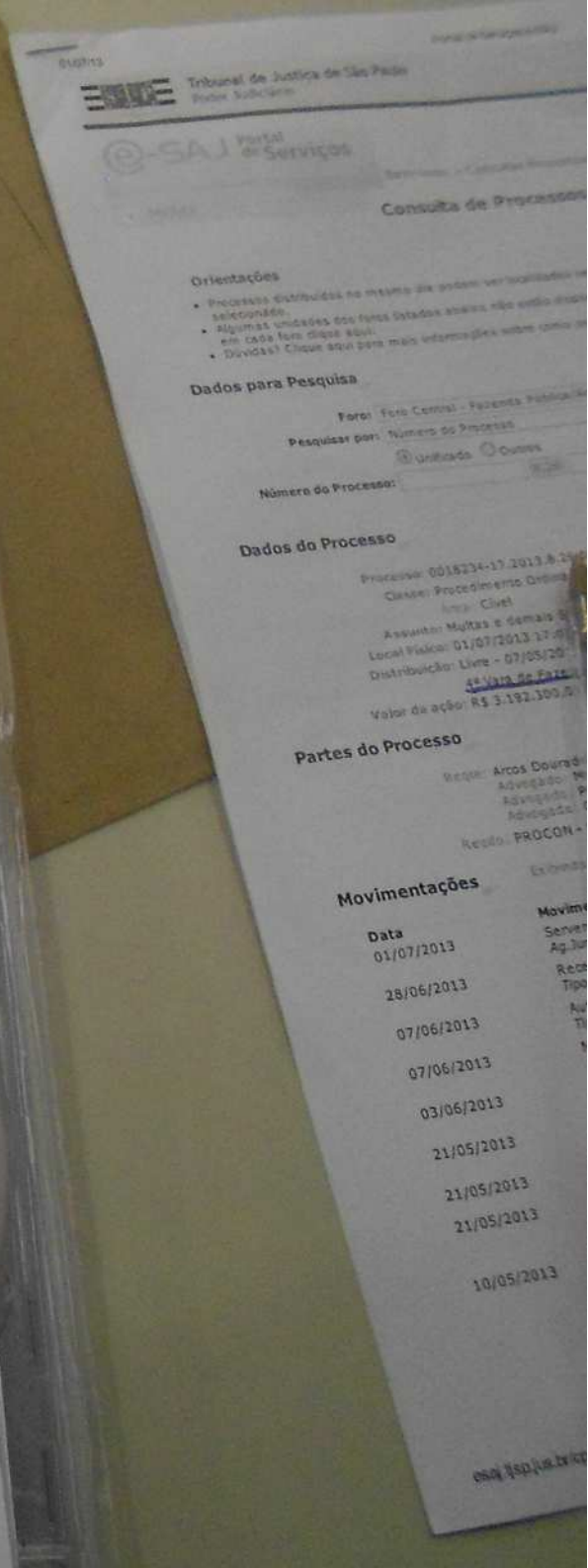
24

pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, **sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditais que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas** - Não provimento.
(...)
Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. **Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias** dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes? **O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras**." (Doc. 10 - Apelação com revisão nº 566.275.4/7, Quarta Câmara de Direito Privado, relator Desembargador Ênio Zuliani, j. 3.9.2009 – sem ênfase no original)

99. Ora, não há dúvidas de que as peças publicitárias do McDonald's, além de não serem prejudiciais ou nocivas ao público infantil, também não influenciam o poder de escolha dos pais, indivíduos plenamente capazes de optar ou não pela aquisição dos produtos do McDonald's para consumo de seus filhos, sendo, por mais essa razão, forçoso concluir pela legalidade das publicidades veiculadas.

100. Uma vez mais, é de se destacar que a decisão proferida pelo PROCON/SP, que culminou na aplicação da multa ora questionada, nem mesmo alega que a publicidade do McDonald's seria capaz de reduzir o poder de escolha dos pais.

101. Por fim, é importante destacar o E. Tribunal *ad quem* pontua, de forma acertada e ainda corroborada por outros precedentes, que proibir a veiculação de publicidades destinadas ao público infantil de forma geral e irrestrita feriria os princípios da livre concorrência e da igualdade, o que

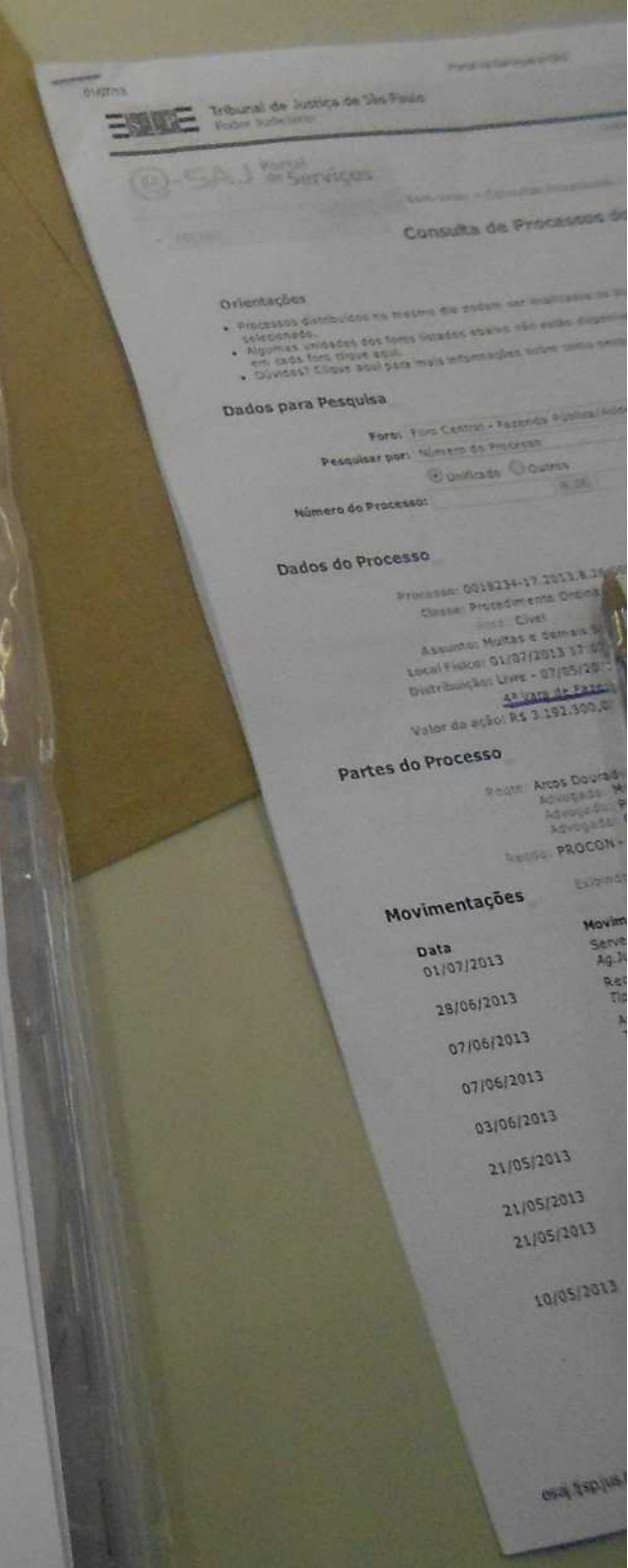


não se pode admitir. Atente-se:

> "Ademais, **retirar de circulação as estratégias de venda promovidas pelas rés, de forma genérica e irrestrita, também acabaria por ferir os princípios da livre concorrência e da igualdade** (artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso e 170, inciso IV, todos da Constituição da República; e artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), e, não colocaria o público alvo aqui tutelado livre das inserções das demais empresas concorrentes, e, pelo contrário, passaria a se colocar em dúvida a própria qualidade e adequação dos produtos comercializados pelas apeladas". (Doc. 9 – sem ênfase no original)

"O que é emblemático - e nesse particular foi acertada a r. sentença - é o que exigir do Judiciário na solução desse grave problema, **sabido que a interferência do juiz na esfera das atividades privadas autorizadas e por meio de intervenção no campo publicitário, em certos contextos, poderá ser avaliada como uma inutilidade que desmoraliza a própria função e efetividade do serviço público** (art. 5o, XXXV, da CF). O refrigerante em excesso engorda, como engordativos são o chocolate, o macarrão, a pizza, o cachorro-quente, a bolacha, a batata chip, as balas, sorvetes e guloseimas e tantos outros produtos que são deliciosos e do gosto da maioria, especialmente as crianças. Os adultos não resistem aos salgadinhos, pães, queijos amarelos, patês, vinhos, cervejas e tudo isso aumenta o peso e a barriga abdominal. Será preciso constar das embalagens de tais produtos que o consumo é prejudicial à saúde? Evidente que não. Os riscos do consumo dos objetos citados e tantos outros que igualmente fazem oscilar os números das balanças e as fitas que medem a cintura dos indivíduos são conhecidos e dispensam anúncios extravagantes, porque a preferência por eles não diminui com estardalhaço, mas, sim, com campanha educativa. **A educação é que dita as regras e estabelece metas possíveis de um consumo inofensivo**.

Não há, data vênia dos combativos representantes do Ministério Público, **como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal.** O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o *light* e *diet*, de modo que **o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua**



26

exclusão como produto aprovado para consumo." (Doc. 10 – sem ênfase no original

102. Como é evidente, apenar o McDonald's sem qualquer norma jurídica autorizadora e proibir genericamente a veiculação de suas publicidades de produtos direcionados ao público infantil geraria patente violação ao princípio da livre concorrência e à igualdade.

103. O McDonald's seria altamente prejudicado ao ficar em desvantagem comercial em relação aos seus concorrentes, já que tais restaurantes permaneceriam veiculando publicidades semelhantes àquelas que motivaram a imposição da multa ora questionada, em evidente afronta aos princípios constitucionais acima citados, o que não se pode admitir.

104. Por todo o exposto acima, o McDonald's entende ter demonstrado o descabimento da penalidade imposta pelo PROCON/SP, já que, inexistindo norma jurídica que classifique, de modo absoluto, toda forma de publicidade de produtos para crianças como abusiva, não há qualquer fundamento para que tal órgão aplique sanção ao McDonald's.

(iv) A necessidade de anulação da multa aplicada pelo PROCON/SP

105. Em que pese o quanto exposto acima já demonstre o descabimento da multa aplicada ao McDonald's, vale destacar, ainda, que a decisão do PROCON/SP que aplicou referida penalidade fere frontalmente a legislação vigente, sendo evidente a necessidade de sua anulação.

(a) Violação ao princípio da legalidade

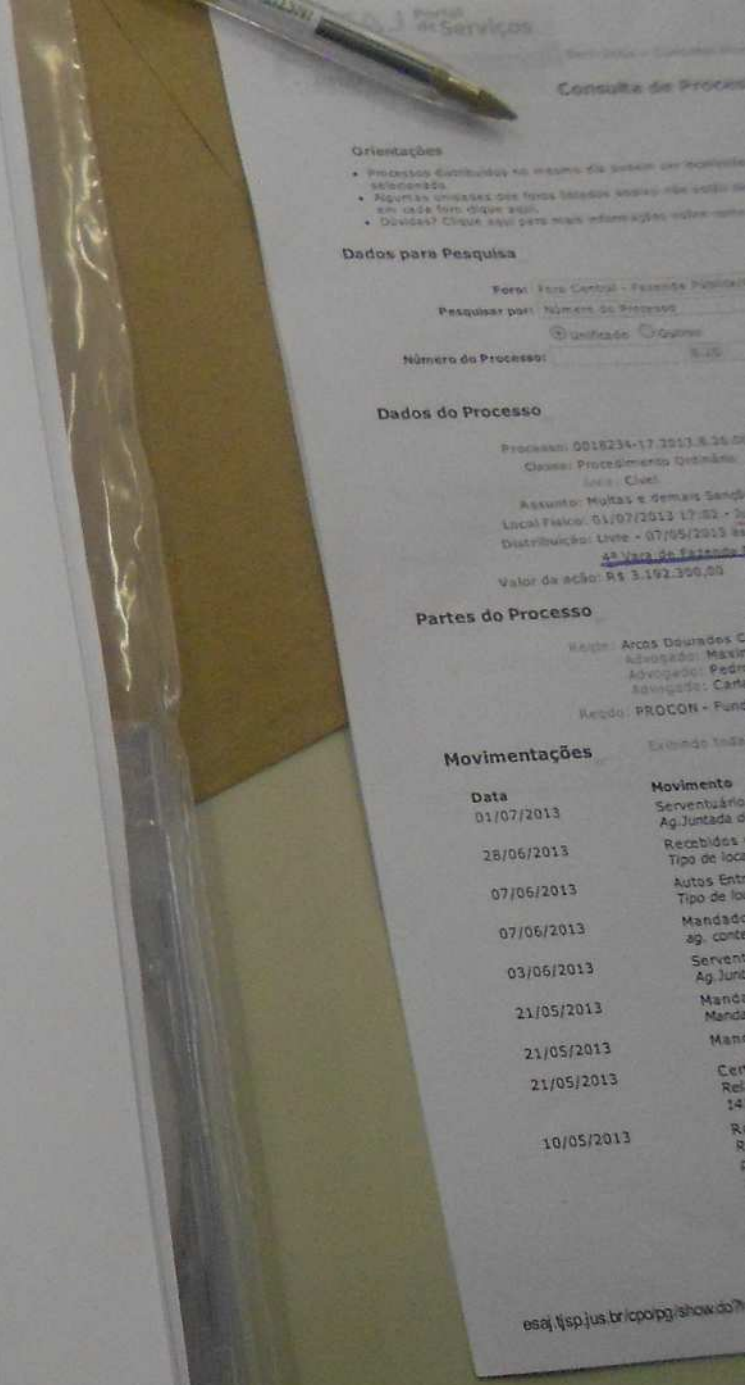
106. A aplicação de sanções administrativas não pode ser fundamentada em "estudos" e "pesquisas" realizados sobre um determinado tema, tampouco em uma interpretação unilateral, arbitrária e extensiva da lei, como fez o PROCON/SP.

107. No exercício do poder de polícia, a Administração Pública deve agir sempre dentro da estrita legalidade. Vale dizer, a aplicação de sanções deve ocorrer nos casos em que os atos fiscalizados afrontem de forma clara e literal o texto da lei.

108. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o **E. Superior Tribunal de Justiça** já decidiu que, sendo a suposta violação do Código de Defesa do Consumidor decorrente de uma interpretação subjetiva realizada pelo órgão fiscalizatório, não é cabível a imposição de sanção. Confira-se:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **DIREITO DO CONSUMIDOR**. CONTRATO DE SEGURO. NÃO-RENOVAÇÃO. OFERECIMENTO DE PRODUTO SIMILAR. **APLICAÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PROVIMENTO DO RECURSO.**
> (...)
> 3. **Hipótese em que a conduta adotada pela impetrante não se subsume às normas elencadas pelo Administrador para imposição da pena de multa**, na medida em que se limitou a exercer, dentro do prazo previsto no contrato, a prerrogativa expressamente contida nas Condições Gerais da Apólice (direito de não renovar o contrato).
> 4. '***O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração***' (RMS 19.510/GO, 1ª Turma, relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 3.6.2008).
> 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido." (Recurso em Mandado de Segurança nº 21.274-GO, Primeira Turma, relator Ministra Denise Arruda, j. 26.9.2006 - sem ênfase no original)

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA INFRAÇÃO**.
1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, **no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração**.
2. Recurso ordinário provido. (RMS 19.510/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 03/08/2006, p. 202)



109. No caso, não há nada de atípico nas campanhas publicitárias que ensejaram a aplicação de multa ao McDonald's. Tais campanhas seguem o mesmo padrão que todas as outras, promovem os produtos que divulgam e os associam a sentimentos positivos. Não há, portanto, qualquer justificativa para que tais campanhas sejam consideradas abusivas à luz das práticas de mercado normalmente adotadas.

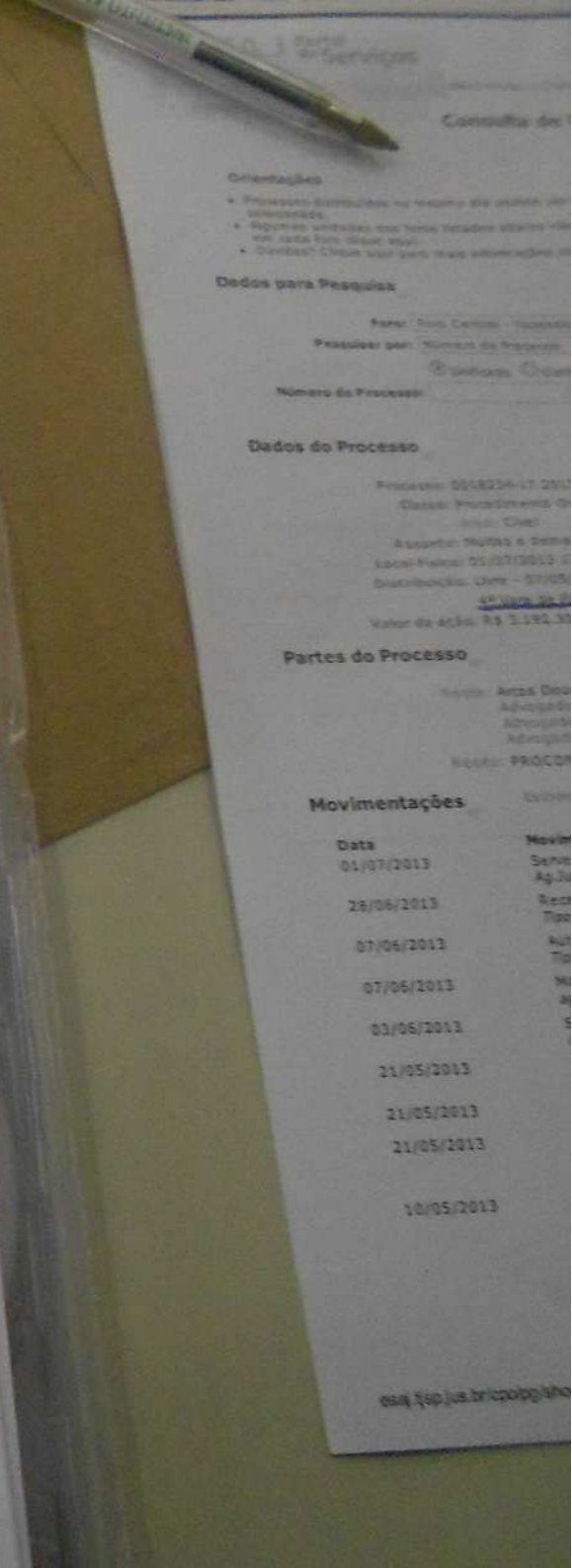
110. Prova absoluta de que a multa aplicada ao McDonald's não observou o princípio da estrita legalidade é que, em entrevista recente, o representante do PROCON/SP admitiu que a tese de que a publicidade de produtos para crianças seria, por si só, abusiva, não passava de uma interpretação unilateral do PROCON/SP, **que teria 50% de chances de ser aceita pelo Poder Judiciário**:

> "Nos últimos cinco anos, o Procon-SP multou quase 20 empresas, em mais de R$ 12 milhões, por questões ligadas à publicidade infantil.
>
> Ferraciolli não descarta novas derrotas no Tribunal de Justiça de São Paulo. '**O risco existe. É 50% de chance para cada lado'**, diz. 'Mas acreditamos que a posição do Procon é sustentável do ponto de vista jurídico e representa o anseio dos pais'." (Doc. 11 - sem ênfase no original)

111. Em outras palavras, o próprio PROCON/SP confessa que a multa foi aplicada ao McDonald's não com base na subsunção de um fato à norma, segundo o princípio da legalidade, mas sim com fundamento em uma interpretação própria do PROCON/SP, que apenas teria 50% de chance de ser aceita pelo Poder Judiciário, segundo a avaliação do próprio PROCON/SP.

112. É assustador que o PROCON/SP autue empresas, em valores milionários, com base em uma verdadeira "loteria", reconhecendo não ter a sua tese mais de 50% de chances de ser aceita pelo Poder Judiciário.

113. Da mesma forma, o entendimento do PROCON/SP de que tal autuação responderia a um suposto "*anseio do país*" não justifica a frontal violação ao princípio da legalidade. Fosse assim, a Administração Pública poderia impor as sanções que desejasse aos particulares, sem



qualquer fundamento legal e limites, como no caso dos autos, sob o argumento de que tais medidas responderiam ao "*anseio do país*".

114. É evidente que o PROCON/SP tem o direito de defender aquilo que entende melhor para o país, e até mesmo de pretender fazer valer interpretações legais que não decorram do texto expresso da Lei, como se exige na aplicação de sanções administrativas. O que não se pode admitir é que o faça por meio da aplicação de multas milionárias, atividade que está vinculada ao princípio da estrita legalidade.

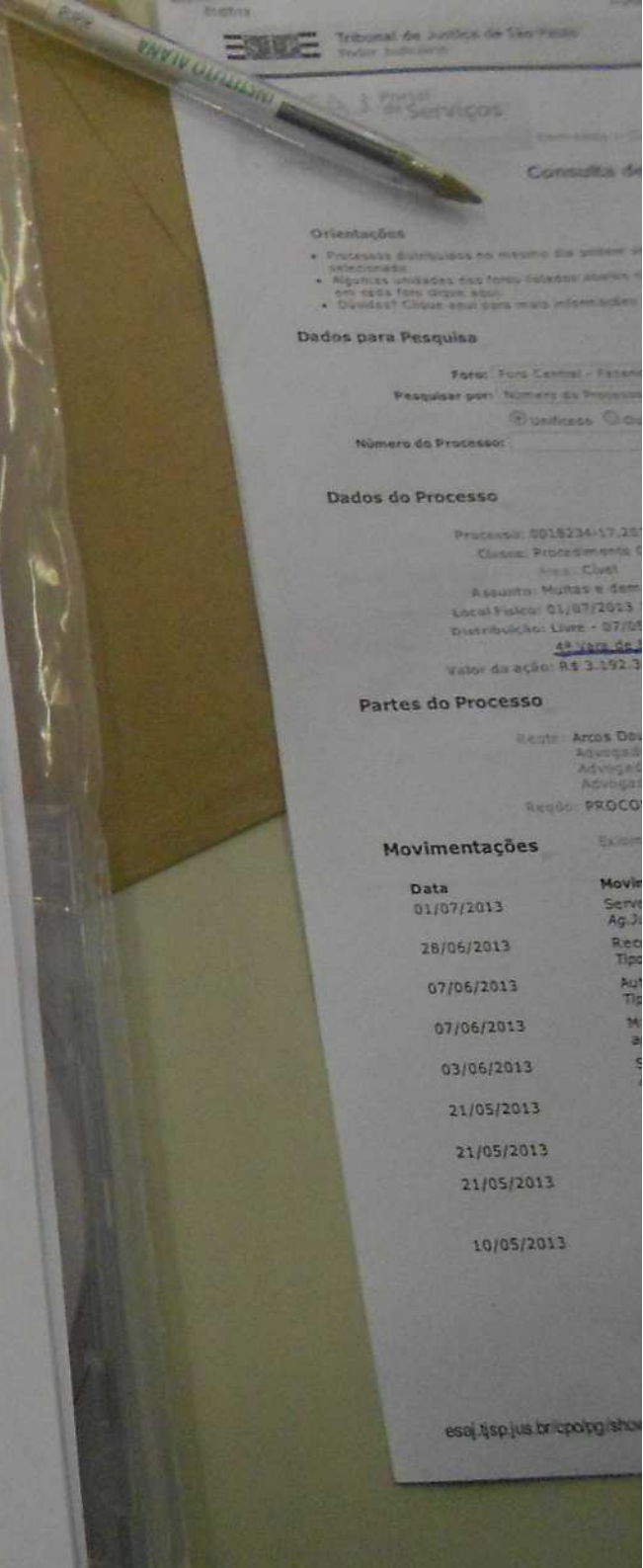
115. De fato, a Lei confere ao PROCON/SP meios eficazes de tentar fazer valer sua interpretação, como o ajuizamento de ação civil pública na qual o Poder Judiciário interpretaria de forma soberana se o CDC proíbe ou não a publicidade de produtos para crianças. O que não se pode admitir é que o PROCON/SP imponha tal interpretação de forma unilateral, aplicando multa milionária ao McDonald's, mesmo reconhecendo que essa interpretação não teria mais de 50% de chance de ser acolhida pelo Poder Judiciário.

116. Assim, inexistindo qualquer dispositivo legal que qualifique como abusiva as campanhas publicitárias do McDonald's, mostra-se completamente ilegal a pena de multa aplicada pelo PROCON/SP ao McDonald's.

(b) Violação ao princípio da razoabilidade - Desvio de finalidade e os efeitos confiscatórios da multa

117. O princípio da razoabilidade consiste na obrigação da Administração Pública de, ao exercer o poder discricionário, obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso comum, de forma a responder às finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

118. No caso, a decisão do PROCON/SP foi absolutamente desarrazoada e desproporcional, não apenas porque aplicou multa ao McDonald's em razão de uma prática que sequer é prevista como ilícita pelo ordenamento jurídico, mas também em virtude do **absurdo valor da**



30

multa imposta (R$ 3.192.300,00).

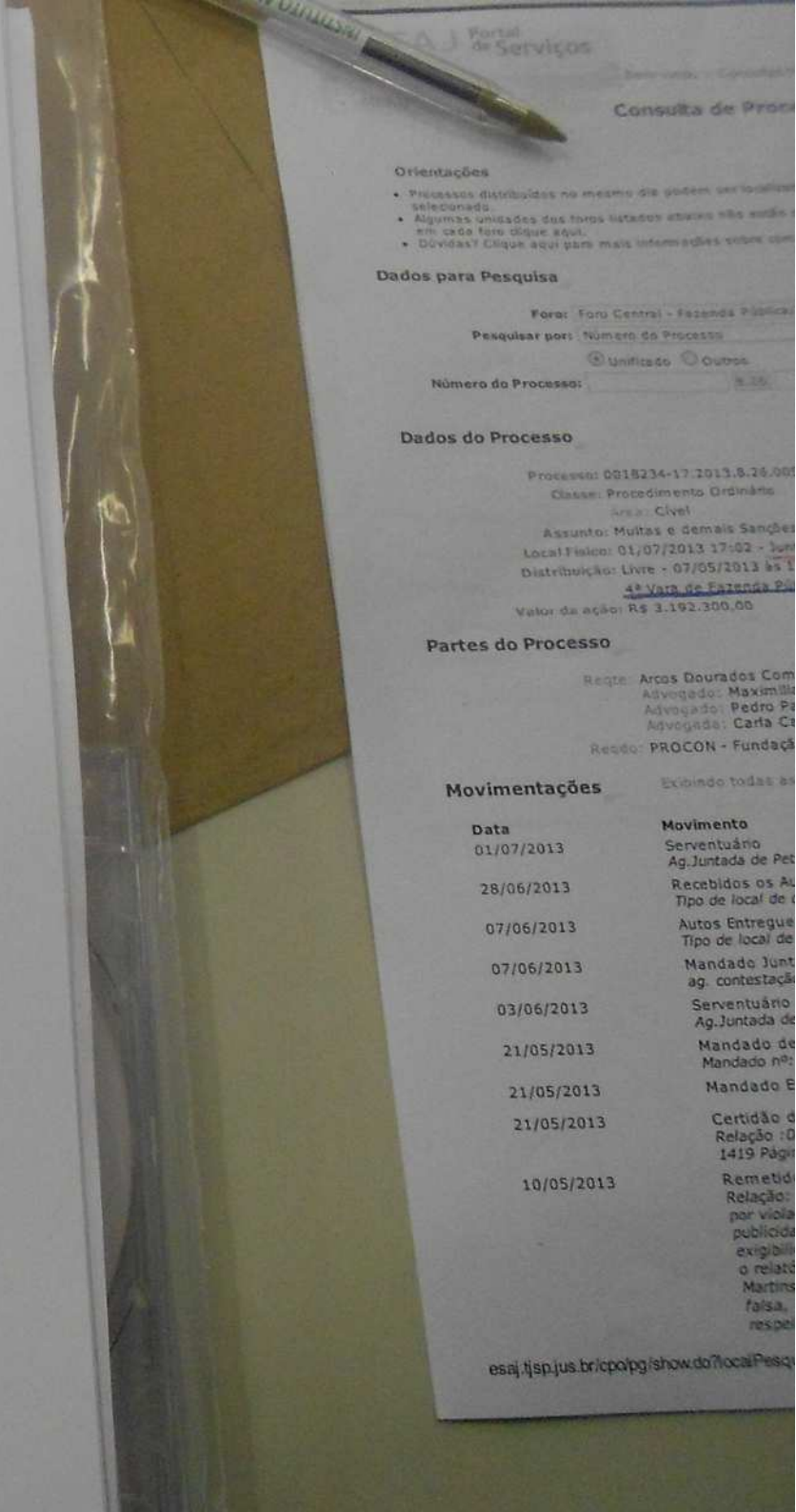
119. Não bastasse isso, a aplicação de multa ao McDonald's sem que a empresa tenha cometido qualquer irregularidade, **como já entendido pela jurisprudência**, tem nítido propósito arrecadatório, gerando efeito de confisco, em evidente violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

120. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello comenta que o desvio de finalidade do ato punitivo acaba por extravasar a regra de competência do Estado, in verbis:

> "Ao fixar interesses a serem cumpridos, a lei estabelece as condições de fato para o agir da Administração e em tal caso e só nele se preenchem os requisitos necessários para que a finalidade normativa se considere satisfeita.
> Deveras: não há como separar o motivo (ou pressuposto de fato) da finalidade e do interesse que, pelo cumprimento dela, se vê atendido. São noções inter-relacionadas e indissociáveis. Formam verdadeira equação, pois o esquema legal supõe realizado um certo interesse quando ocorridas certas condições e pratica-se um ato que satisfaz dado escopo.
> **Ausentes as condições ou desvirtuada a finalidade que justifica o comportamento, *ipso facto* não se preenche a relação de adequação necessária entre o ato e a lei, resultando daí invalidade indiscutível**. Afinal, ter-se-á configurado, em última ratio, incompetência material do agente, pois haverá agido fora do âmbito de poderes que lhe assistiam in concreto. O plexo de poderes que desfruta não lhe é conferido in abstrato, mas para ser mobilizado à vista de certa situação e em ordem a satisfazer certa finalidade. Se o exercita fora deste quadro terá manipulado forças que a lei não lhe deu, vale dizer, haverá extravasado a regra de competência." (in "Elementos de Direito Administrativo", 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 314 – sem ênfase no original)

121. Como é notório, a sanção deve ser apenas o meio de que se vale a Administração Pública para desestimular o comportamento ilícito, o qual, se ressalte, não houve no caso em tela.

122. Embora as sanções administrativas tenham sempre a mesma finalidade, qual seja, de forçar a conduta do indivíduo, de forma a adequá-la ao ordenamento jurídico, tais sanções não podem ser desvirtuadas, sob pena de desvio de finalidade.



123. Hely Lopes Meirelles teve oportunidade de analisar a proporcionalidade que deve existir entre a infração eventualmente cometida e a discricionariedade do ato punitivo:

> "Discricionariedade – A discricionariedade, como já vimos, traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. (...)
> No uso da liberdade legal da valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia, mas mesmo assim **a sanção deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração.**" (in "Direito Administrativo Brasileiro", 17ª edição, Malheiros, p. 120 – sem ênfase no original)

124. A finalidade da multa aplicada no caso em questão, totalmente desproporcional à suposta infração cometida, deixa de representar uma punição e passa ao confisco de parcela do patrimônio do McDonald's, o que revela flagrante desvio de finalidade da sanção.

125. Para que não restem dúvidas do completo absurdo da multa fixada pelo PROCON/SP, vale citar que o E. Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu como razoável a aplicação de multa de R$ 150 mil a empresa que efetivamente violou a legislação consumerista. Confira-se:

> "EXECUÇÃO FISCAL - Embargos - Multa imposta pelo PROCON por venda de produto acima do estabelecido - Lei nº 8.880/94 - Legitimidade do PROCON para lavrar o auto de infração Inteligência da Lei Delegada nº 04/62 - Aumento injustificado por parte da embargante - Multa aplicada segundo as normas específicas - Sentença reformada Recursos providos.
> (...)
> Assim, **o valor arbitrado de R$ 150.000,00 fls. 312, afigura-se razoável e proporcional**, pois é notório que a empresa embargante afere lucro expressivo, razão pela qual a reprimenda deve consubstanciar-se em valor considerável, a fim de que cumpra seu objetivo maior, consistente em desestimulá-la da prática de infrações às normas de ordem pública e educá-la no sentido de zelar pela prestação de serviços eivados de segurança." (Apelação nº 9000283-96.1998.8.26.0014, 12ª Câmara de Direito Público, Relator(a): Wanderley José Federighi, j.: 17.4.2013 – sem ênfase no original)

32

126. Ora, se no caso de efetiva violação à legislação o valor fixado a título de multa e entendido como razoável foi de R$ 150 mil, é completamente despropositada a fixação de multa pelo PROCON/SP em valor **21 vezes maior** do que aquele entendido como razoável, **ainda mais quando sequer é possível constatar a prática de ato ilícito pelo McDonald's**.

127. Por tudo isso, é evidente que a multa imposta pelo PROCON/SP é absolutamente desproporcional e desarrazoada, sendo forçoso concluir por sua ilegalidade e, consequentemente, inexigibilidade.

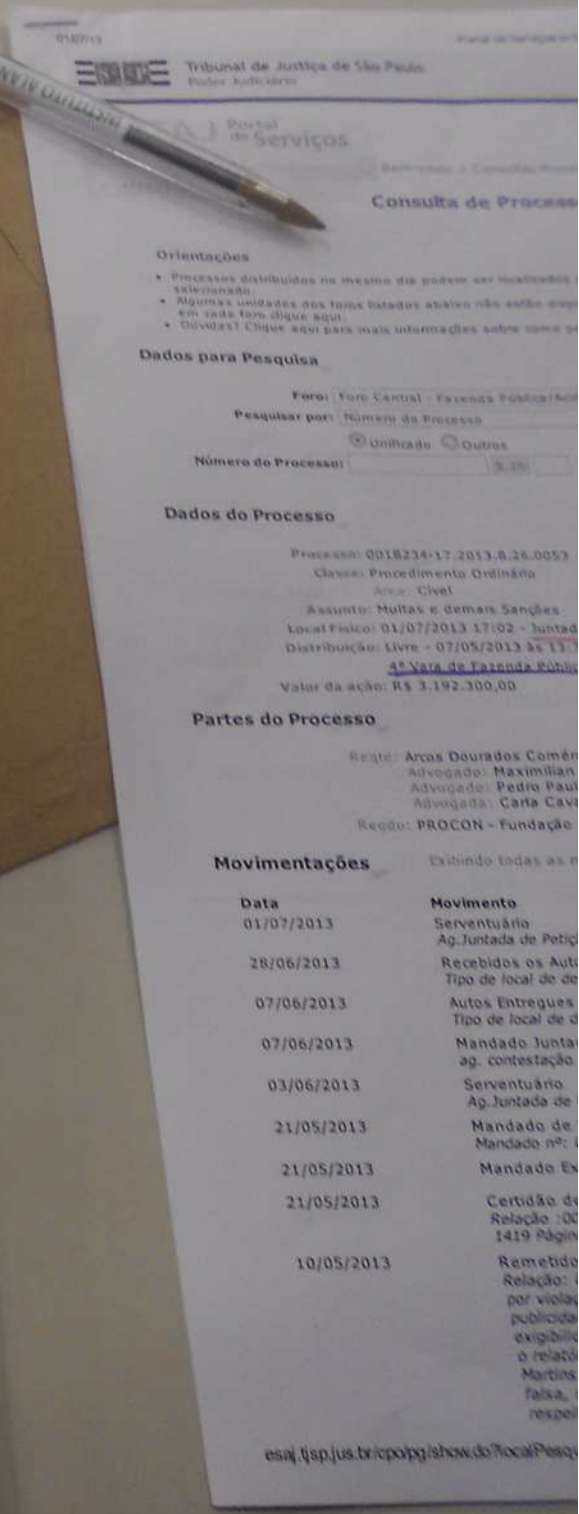
III. OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

128. De acordo com o artigo 273 do Código de Processo Civil, o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial desde que exista prova inequívoca das alegações (*fumus boni juris*), bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

129. Com relação ao requisito do *fumus boni iuris*, o McDonald's demonstrou que as publicidades questionadas pelo PROCON/SP jamais poderiam ser entendidas como abusivas, até porque, como já reconhecido pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, a simples veiculação de publicidade voltada para o público infantil não é de nenhuma forma lesiva ou contrária ao ordenamento jurídico vigente.

130. Prova absoluta do *fumus boni iuris* existente nesta ação, encontra-se no fato de o **Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente, ter anulado a multa indevidamente imposta pelo PROCON/SP** em razão de publicidade que supostamente se aproveitaria da "*deficiência de julgamento e experiência da criança*" (Docs. 12 a 14). Confira-se:

> "APELAÇÃO - Publicidade abusiva - **Pretensão anulatória de auto de infração e imposição de multa do PROCON - Indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência de crianças - Não verificação, in casu, de abusividade - Inteligência do art. 37, § 2º, do CDC** - Campanha publicitária que se ateve aos limites da livre concorrência e da legalidade - **Inexistência de razão, ante a**



33

campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente - Sentença de procedência reformada apenas para redução da verba honorária, ante a necessária equidade - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, **não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo Procon**.

(...)

Ora, **tais produtos não são adquiridos diretamente por criança alguma**. Escapa, então, da esfera de decisão das crianças, a aquisição direta destes produtos, **que passa, forçosamente** (admitindo-se raros e excepcionais casos), **pelo crivo decisório de algum adulto responsável pelo infante ou adolescente alvo da campanha**.

Enfraquecido, então, o argumento de que a publicidade em foco aproveita-se *"da deficiência de julgamento e experiência dacriança"* (art. 37, § 2º, do CDC).

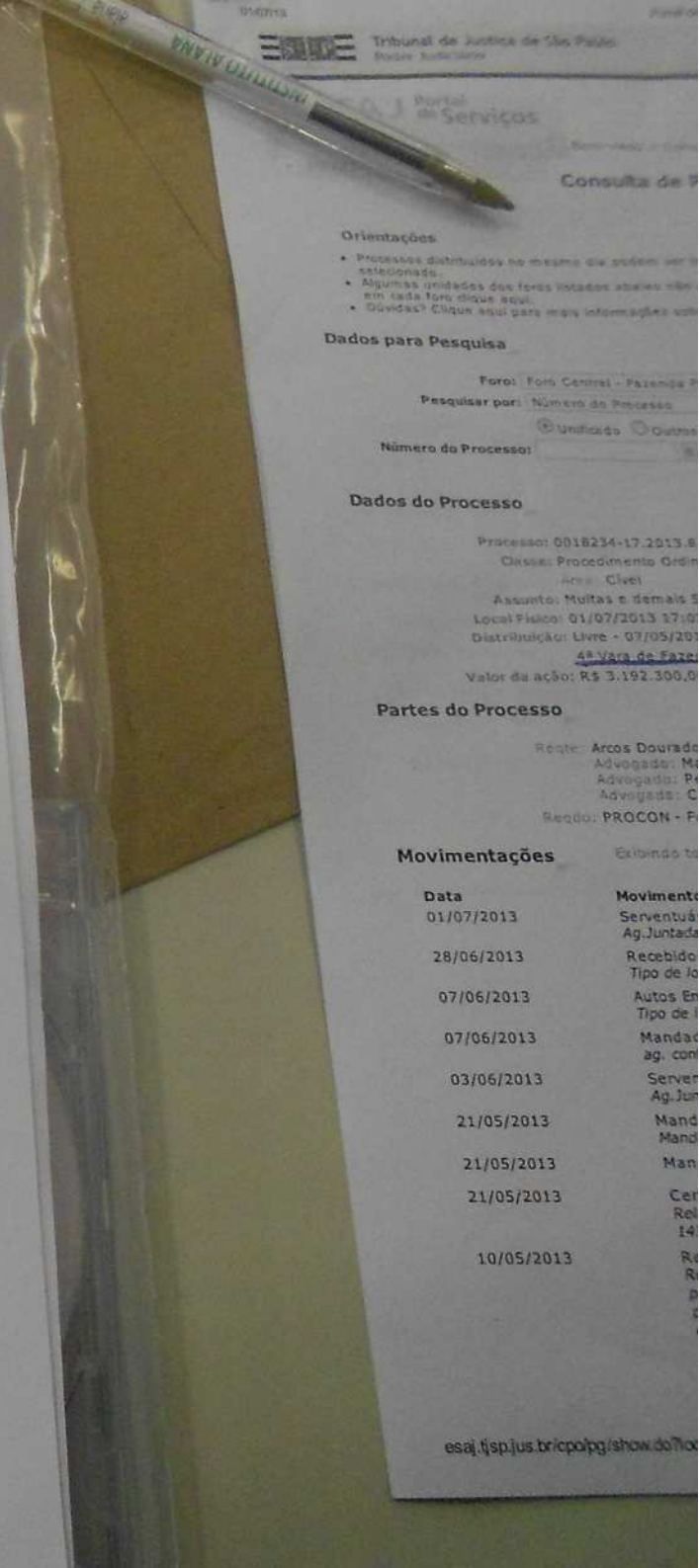
Reconhece-se, é fato sociológico notório dos tempos atuais (ditos pós-modernos), o poder de influência das crianças sobre as decisões de consumo das famílias, especialmente quando incitadas por forte publicidade promocional. **Mas tais influências não são absolutas e, ademais, ainda são contornáveis em famílias estruturadas, ou em meio de crianças bem assistidas**.

(...)

Sequer é razoável, ademais, taxar de patológica a campanha publicitária em questão, pelo ângulo do fomento ao consumo de alimento industrializado (ou indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa), apontado como maléfico à saúde humana, sem igual ataque ao espaço e ao modo de vida fortemente urbanizado (aliás, economicamente, define-se urbano como local não gerador dos alimentos nele consumidos), marcado pela crescente feição industrial, tecnológica e de consumo de gêneros alimentícios em super e hipermercados, dia-a-dia mais industrializados ou desgarrados de seus estados naturais puros. **Ordenamento jurídico que aceitasse punir, nesta razão, a publicidade, e, de outro lado, permitisse e incentivasse o estilo atual da vida urbana, seria paradoxal, i. é, inadmissível por contradição, descolado da lógica**.

(...)

Destaque-se, ainda, a significativa decisão da Câmara Especial desta Corte de Justiça, que rechaça, com propriedade, a assertiva de que peça publicitária voltada ao público infantil, por si, seria abusiva." (Doc. 12 - Apelação nº 0025180-44.2009.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Vicente de Abreu Amadei, j.: 27.11.2012 – sem ênfase no original)



34

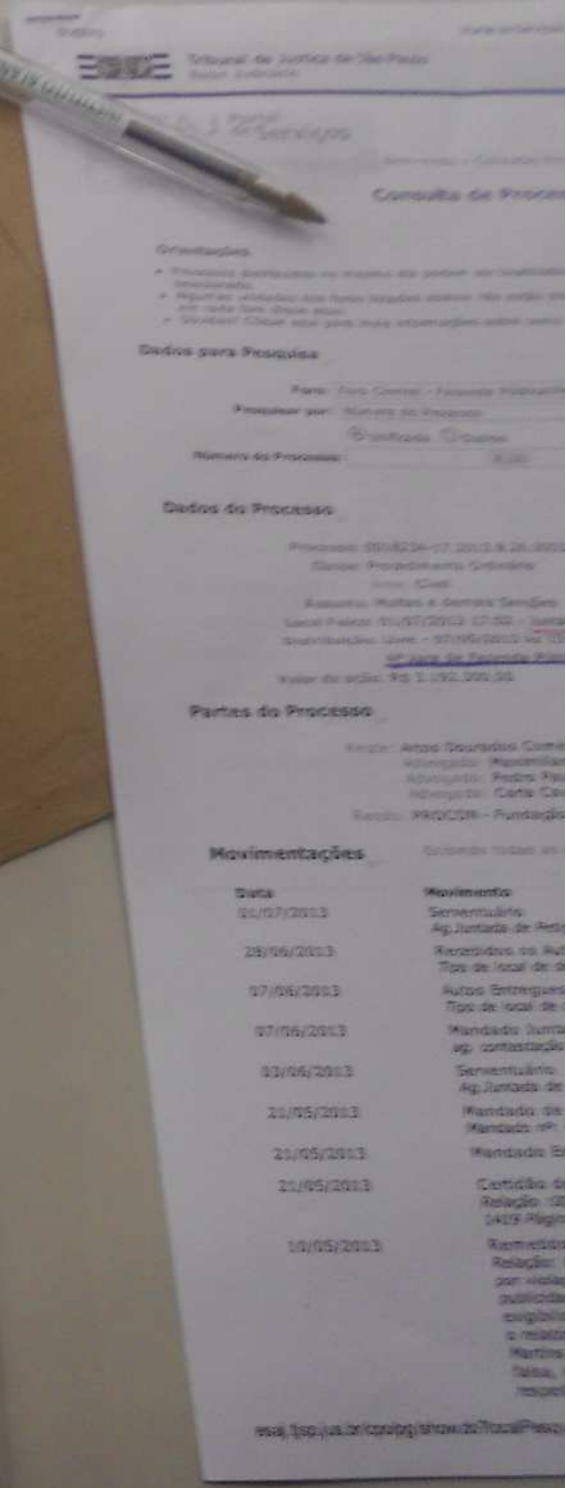
> **"Os argumentos do réu constantes do auto de infração no sentido de que a autora 'aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência do público infantil' (fls. 61) não procede. Com efeito, compra quem quer e compete aos pais e/ou responsáveis fiscalizar, ensinar, proibir**.
> *Por outro lado, o que também foi levantado pela ré, atrelar a venda de um brinquedo à compra de um outro produto não é permitido pelo Código de Defesa do Consumidor no país, que proíbe a chamada venda casada. O artigo 39, inciso I, considera prática abusiva 'condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quatitativos'.*
> **Não é o caso dos autos, já que o boneco 'espremidinho' se configurou como um brinde, um *plus*, um diferencial e não um determinante para a efetivação da venda.**
> **Ante o acima exposto, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abusividade**, sendo de rigor o decreto da procedência do pedido.
> ***POSTO ISSO e pelo mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE o pedido para anular o auto de infração nº 0595- série D7***." (Doc. 13 - Sentença proferida pela 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo nos autos do processo nº 0008196-14.2011.8.26.0053, j.: 14.1.2013 - sem ênfase no original)

131. Assim, inexistindo qualquer dispositivo legal que qualifique como abusivas as campanhas publicitárias do McDonald's e tendo o Poder Judiciário reconhecido em casos idênticos a necessidade de anulação da multa imposta pelo PROCON/SP, resta devidamente demonstrada a presença do *fumus boni iuris* no presente caso.

132. No tocante ao *periculum in mora*, caso prevaleça a arbitrária multa imposta pelo PROCON/SP, o McDonald's suportará dano irreparável, traduzido na inscrição de seu nome na dívida ativa do Estado, com consequente prejuízo à sua reputação junto aos seus parceiros comerciais.

133. A esse respeito, o McDonald's já foi intimado quanto ao fato de que, caso não proceda o pagamento da multa, seu nome será inscrito na dívida ativa, assim como que o seu não pagamento implicaria o ajuizamento da competente execução fiscal (Doc. 6).

134. Como não poderia deixar de ser, o McDonald's, que sempre atuou pautado no respeito a todas as normas vigentes, tem o receio de sofrer



dano irreparável ou de difícil reparação, pois a inscrição dessa "dívida" macula sua imagem no mercado, podendo lhe causar a perda de importantes negócios relacionados à suas atividades comerciais.

135. Como é evidente, a inscrição do nome da empresa na dívida ativa pode ser comparada ao protesto de um título, o qual, como bem define Humberto Theodoro Júnior, causa danos seriíssimos à reputação de uma empresa:

> "Sendo o protesto meio vexatório que causa inegáveis prejuízos ao crédito do devedor, sua iminência não deixa de constituir o fundado receio de dano grave e de difícil reparação." (in "Processo Cautelar", 17a ed., Ed. EUD: São Paulo, 1998, p. 106)

136. Por tudo isso, resta devidamente demonstrada a existência dos requisitos legais autorizadores da antecipação da tutela pretendida pelo McDonald's.

IV. CONCLUSÃO

137. Por todo o exposto, o McDonald's entende ter demonstrado a abusividade da multa imposta pelo PROCON/SP, assim como os prejuízos irreversíveis que a inscrição de seu nome na dívida ativa do Estado poderá causar.

138. Por força disso, o McDonald's requer a concessão da tutela antecipada a fim de suspender a exigibilidade da referida multa, com a imediata comunicação ao PROCON/SP de que o nome do McDonald's não deverá ser inscrito na dívida ativa do Estado ou, caso isso já tenha sido feito, que deverá ser retirado imediatamente.

139. Caso esse Juízo entenda necessário, o McDonald's poderá oferecer fiança bancária ou mesmo providenciar outra forma de garantia do valor da multa em discussão, de forma que a concessão da tutela antecipada não trará qualquer prejuízo ao PROCON/SP.

140. Além disso, o McDonald's requer a citação do PROCON/SP, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, apresentar contestação.

36

PINHEIRONETO
ADVOGADOS

141. O McDonald's requer, ainda, a produção de todas as provas em Direito admitidas, devendo, ao final ser a ação julgada totalmente procedente para o fim de confirmar a tutela antecipada e declarar inexigível a multa arbitrariamente aplicada pelo PROCON/SP, condenando o Estado ao pagamento das custas e honorários de sucumbência.

142. Por fim, o McDonald's requer que as publicações pela imprensa oficial sejam feitas em nome dos advogados signatários.

Termos em que, atribuindo-se à causa o valor de R$ 3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais),

P. Deferimento.

São Paulo, 6 de maio de 2013.

Maximilian Fierro Paschoal
OAB/SP nº 131.209

p. **Pedro P. Barradas Barata**
OAB/SP nº 221.727

Carla Cavalheiro
OAB/SP nº 287.410

Tribunal de Justiça de São Paulo

Portal de Serviços

Consulta de Processos do 1º

Orientações

Dados para Pesquisa

Foro: Foro Central - Fazenda Pública/Acidente

Pesquisar por: Número do Processo

Unificado Outros

Número do Processo:

Dados do Processo

Processo: 0018234-17.2013.8.26.0053
Classe: Procedimento Ordinário
Área: Cível
Assunto: Multas e demais Sanções
Local Físico: 01/07/2013 17:02 - Juntada de Peti
Distribuição: Livre - 07/05/2013 às 13:30
4ª Vara de Fazenda Pública - Foro
Valor da ação: R$ 3.192.300,00

Partes do Processo

Reqte: Arcos Dourados Comércio de Al
Advogado: Maximilian Fierro Pa
Advogado: Pedro Paulo Barrad
Advogada: Carla Cavalheiro
Reqdo: PROCON - Fundação de Prote

Movimentações

Exibindo todas as movimen

Data	Movimento
01/07/2013	Serventuário Ag.Juntada de Petição - 01/
28/06/2013	Recebidos os Autos do A Tipo de local de destino: C
07/06/2013	Autos Entregues em Ca Tipo de local de destino:
07/06/2013	Mandado Juntado ag. contestação - proto
03/06/2013	Serventuário Ag.Juntada de Mandad
21/05/2013	Mandado de Citaçã Mandado nº: 053.201
21/05/2013	Mandado Expedid
21/05/2013	Certidão de Publi Relação :0085/201 1419 Página: 884
10/05/2013	Remetido ao D Relação: 0085/2 por violação ao publicidade abu exigibilidade d o relatório. D Martins sobre falsa, mas f respeito da

esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.c