PINHEIRO NETO

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo

Processo nº 0018234-17.2013.8.26.0053

ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (**"McDonald's"**), por seus advogados, nos autos da **ação declaratória de nulidade de multa** ajuizada contra a **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo ("PROCON/SP")**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, em atenção à r. decisão de fl. 636, apresentar sua

RÉPLICA

consubstanciada nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

(i) A contestação de fls. 212/247

1. O PROCON/SP afirma, primeiramente, que o McDonald's, inexplicavelmente, *"deixou de juntar diversas folhas do procedimento administrativo"* (fl. 215).

2. No entanto, ao contrário do que tenta fazer crer o PROCON/SP, o McDonald's instruiu a sua petição inicial com mais de 130 laudas de documentos, dentre os quais estão o Auto de Infração lavrado, todas as decisões proferidas por referido órgão, a defesa e recurso apresentados pelo McDonald's e a cópia de todas as publicidades questionadas.

3. Como se percebe, **todos os documentos necessários para a perfeita análise do caso concreto foram disponibilizados pelo McDonald's**, sendo completamente descabidas as insinuações do PROCON/SP de que o McDonald's teria tentado omitir documentos desse Juízo.

4. Quanto ao mérito da demanda, o PROCON/SP **reconheceu que inexiste norma em vigor que proíba a publicidade de produtos para crianças, de brinquedos ou alimentos**. Ainda, assim, o PROCON/SP defende a legalidade da multa imposta em razão de as publicidades do McDonald's supostamente terem caráter abusivo.

5. Como já amplamente demonstrado na petição inicial, as publicidades veiculadas pelo McDonald's de nenhuma forma se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, sendo forçoso concluir pela inexistência de violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

(ii) O reconhecimento da inexistência de Lei que proíba publicidade para crianças

645

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

7. Tanto é assim que **o próprio PROCON/SP, em sua contestação, reconhece a inexistência de legislação que proíba a publicidade de produtos para crianças**. Confira-se:

> "Afirma a autora que inexiste no ordenamento jurídico proibição à publicidade que envolva crianças.
> **É fato**." (fl. 218 – sem ênfase no original)

8. Da mesma forma, o simples fato de o PROCON/SP citar em sua contestação projetos de lei que visam proibir a publicidade destinada ao público infantil (fl. 222) somente demonstra que, até o momento, não há no ordenamento jurídico qualquer disposição legal que impeça, de forma absoluta, publicidade de produtos para crianças.

9. O reconhecimento do PROCON/SP fica ainda mais evidente na matéria publicitária veiculada pelo Valor Econômico no dia 1.8.2013, em que **o órgão afirma que não há lei específica sobre essa questão**. Confira-se:

> "O assessor chefe do Procon-SP, Renan Ferraciolli, afirma que o órgão tem a obrigação de coibir eventuais abusos na publicidade infantil, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor (CDC). **Para ele, o Projeto de Lei nº 5.921, de 2001, que tramita há 12 anos no Congresso, daria um ponto final nessa discussão ao proibir qualquer publicidade direcionada a esse público. Porém, enquanto não há lei específica, cabe ao Procon e ao Ministério Público exercer esse controle**. Segundo Ferraciolli, as empresas, muitas vezes, recorrem das multas aplicadas. Porém, a Justiça ainda está divida com relação ao tema." (Doc. 1 – sem ênfase no original)

10. 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.

11. Prova disso é que o PROCON/SP, em sua contestação, defende que as publicidades questionadas seriam abusivas pelo simples fato de: **(i)** terem sido "*dirigida a um público ainda em desenvolvimento*" (fl. 231); **(ii)** atraírem a atenção da criança "*para conseguir vender os produtos que anuncia*" (fl. 231); e **(iii)** ter como objetivo "*aumentar suas vendas*" (fl. 231).

12. Ocorre que, como já reconhecido pelo E. Tribunal *ad quem*[1], "***não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil***" (fl. 137 – sem ênfase no original).

13. Da mesma forma, completamente descabida a alegação do PROCON/SP de que as publicidades do McDonald's seriam abusivas em razão de atrair a atenção do público e objetivar o aumento de suas vendas.

14. Como bem conceituado pela doutrina, publicidade é toda forma de comunicação dirigida à coletividade com a finalidade de promover, seja direta ou indiretamente, o consumo de determinado produto ou serviço.

15. Como se percebe, caso pudesse ser adotada a tese defendida pelo PROCON/SP, toda e qualquer publicidade seria abusiva e, portanto,

---

[1] 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 – fls. 135/140.

ilegal, na medida em que toda a peça publicitária veiculada visa atrair a atenção do público e promover a venda dos produtos anunciados.

16. Por óbvio, inexistindo qualquer lei que proíba **(i)** a publicidade de produtos para o público infantil; **(ii)** a utilização de técnicas criativas para atrair a atenção do público; e **(iii)** a promoção da venda do produto anunciado; resta forçoso concluir pelo completo descabimento da multa aplicada ao McDonald's.

(iii) A inexistência de qualquer abusividade nas publicidades questionadas

17. Não há qualquer elemento nas campanhas publicitárias do McDonald's que pudesse abusar da inexperiência ou deficiência de julgamento da criança.

18. De acordo com os ensinamentos da doutrina, determinada publicidade somente pode ser considerada abusiva por se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança quando exortar diretamente a criança **(i)** a comprar um produto; **(ii)** a persuadir seus pais para adquirirem determinado bem de consumo; ou **(iii)** a se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras crianças. Confira-se:

> "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**

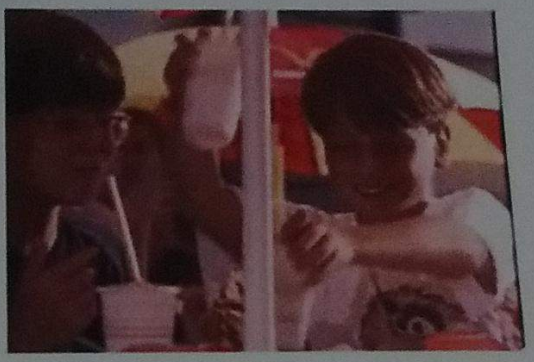
> **aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade**." (Antônio Herman V. Benjamin, "Manual de Direito do Consumidor", RT: São Paulo, 2007, p. 210 – sem ênfase no original)

19. No caso das publicidades do McDonald's, não há qualquer frase ou mensagem imperativa, tampouco apelos às crianças para que façam ou deixem de fazer alguma coisa ou adquiram qualquer produto.

20. Além disso, tais publicidades de nenhuma forma são discriminatórias, incitam à violência, exploram o medo ou a superstição, desrespeitam valores ambientais ou induzem as crianças a se comportarem de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

21. Muito pelo contrário. A simples análise dos roteiros transcritos pelo PROCON/SP em sua contestação já permitem concluir que **as peças publicitárias são positivas, claras e informativas**, expondo de forma transparente os produtos comercializados nos restaurantes do McDonald's e **sem qualquer tipo de estímulo imperativo**.

22. Com relação à campanha "Traga um amigo" (fl. 388), a sinopse deixa claro que a publicidade veicula imagens **(i)** de "*meninos pequenos andando de bicicleta um ao lado do outro*"; **(ii)** de meninos sentados è mesa, "*aparentemente muito felizes*" e comendo "*sanduíches da lanchonete com cumplicidade*"; **(iii)** de meninos que "*passeiam juntos e se divertem*"; **(iv)** do palhaço Ronald McDonald brincando "*com um garotinho, enquanto os outros riem vendo-os brincar*"; **(v)** do palhaço "*em volta de uma fogueira à noite com dois meninos, cantando música abraçado a eles*"; **(vi)** do palhaço maquiando "*uma menina em frente a um espelho róseo cheio de lâmpadas*"; e **(vii)** de "*dois garotos trocando copos de refrigerante*" (fl. 227). Confiram-se algumas imagens dessa campanha:



23. Em que pese referida peça publicitária não incite de qualquer forma comportamentos indevidos ou mesmo utilize qualquer expressão imperativa, o PROCON/SP entendeu que tal publicidade seria abusiva simplesmente porque "*usa e abusa da veiculação de imagens de parceria, amizade e diversão entre crianças em relação aos alimentos ofertados nas redes de lanchonete McDonald's*" (fl. 227).

24. No respeitoso entendimento do McDonald's, uma campanha publicitária que enaltece **valores de parceria, amizade e diversão** e valoriza os momentos agradáveis e felizes que amigos compartilham juntos de nenhuma forma poderia ser entendida como abusiva.

25. Ainda de forma a demonstrar o completo descabimento da interpretação realizada pelo PROCON/SP, a contestação afirma que a referida publicidade divulgaria a ideia de que "*os que comem no*

Mcdonalds possuem muitos amigos e de que é um lugar apto a cultivar amizades" (fl. 227).

26. Novamente, da simples leitura da sinopse da publicidade, percebe-se que é impossível concluir que a campanha insinue que quem come no McDonald's tem mais amigos.

27. O que a publicidade veicula são momentos alegres vivenciados entre amigos. Não existe na publicidade, nem mesmo por sugestão, qualquer comparação entre crianças que frequentariam os restaurantes do McDonald's e crianças que não frequentariam. De fato, a publicidade não mostra qualquer criança que não teria amigos, e não vincula de qualquer forma o conceito de amizade e parceria ao consumo de seus produtos. Pelo contrário: a maior parte das cenas se passam em ambientes externos, sem qualquer vinculação com o McDonald's e seus produtos.

28. De forma a estimular os valores positivos de parceria, amizade e diversão, a publicidade divulga a promoção segundo a qual "*Na compra do seu McLanche Feliz, o do seu amigo sai pela metade do preço*" (fl. 227).

29. Ao contrário do que o PROCON/SP sustenta, não há qualquer cena na referida publicidade na qual as crianças apareceriam comprando os produtos do McDonald's sem supervisão de seus responsáveis.

30. A cena apenas mostra as crianças aguardando o recebimento dos seus sanduíches próximo ao balcão de atendimento, inexistindo qualquer imagem em que as crianças efetivamente realizam a compra dos produtos.

31. Não há nada de abusivo, discriminatório ou ilegal na referida

publicidade, sendo completamente contrária ao bom senso a interpretação realizada pelo PROCON/SP acerca da campanha "Traga um amigo".

32. De igual forma, inexiste qualquer abusividade na campanha publicitária "Agarradinhos". De acordo com o PROCON/SP, tal publicidade realizaria um apelo para que as crianças adquirissem os brinquedos anunciados.

33. No entanto, da simples análise da sinopse transcrita na contestação do PROCON/SP, percebe-se que inexiste qualquer frase imperativa ou apelo para aquisição dos produtos, ou para que as crianças peçam os produtos para seus pais. Atente-se:

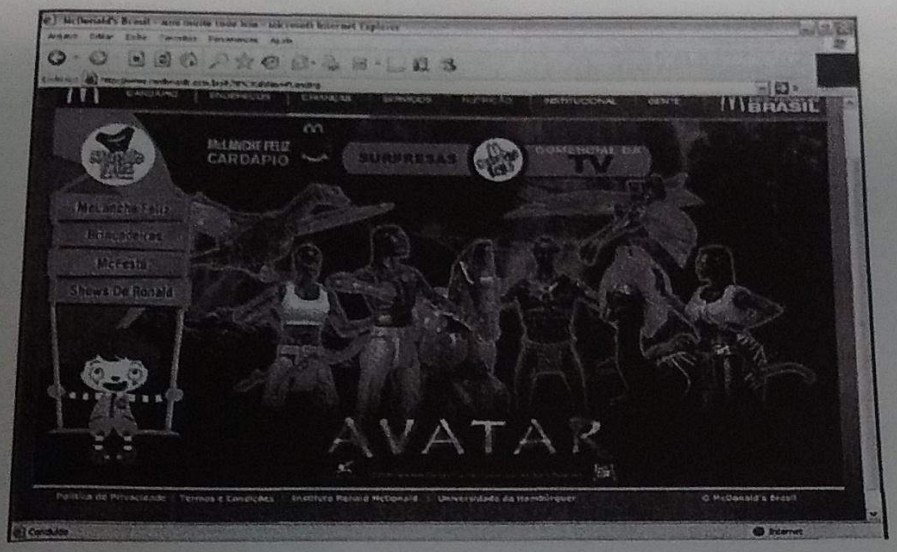
> "Sabe o que o Ronald Mcdonald encontrou com seu super telescópio? Fofuras do outro mundo! Cachorrinhos, porquinhos, gatinhos! Uma turminha muito querida e agarradinha! Filhotes que vão com você em todos os lugares. Este mês, no McLanche Feliz, 'The dog, the cat, the pig'. É só escolher o que faz mais o seu tipo e arrasar na diversão!" (fl. 228)

34. Como já entendeu o E. Tribunal *ad quem*[2], inexistindo conteúdo nocivo ao público infantil, forma inescrupulosa de se valer "*das condições de pequenos consumidores em formação*" e não subtraindo ou diminuindo o poder de escolha e orientação dos pais, não há que se falar em ilegalidade da referida publicidade.

35. Com relação à campanha "Avatar", a simples análise do material publicitário abaixo reproduzido já deixa evidente que inexiste qualquer abusividade, na medida em que não há qualquer frase ou mensagem imperativa, tampouco apelo às crianças para que façam ou deixem de fazer qualquer coisa. Atente-se:

---

[2] 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 – fls. 135/140.



36. O PROCON/SP, **mais uma vez sem qualquer embasamento jurídico capaz de sustentar a sua posição**, defende que tal publicidade seria abusiva pelo simples fato de o McDonald's ter utilizado "*entretenimento para impulsionar as vendas de seus produtos*" (fl. 228).

37. Não há qualquer dispositivo legal que proíba os agentes do mercado de utilizarem o entretenimento para impulsionar suas vendas ou divulgar os seus produtos, o que, por si só, já demonstra a fragilidade dos argumentos expostos pelo PROCON/SP em sua contestação.

38. Caso fosse admitida a equivocada interpretação do PROCON/SP, praticamente todas as publicidades veiculadas atualmente seriam ilícitas, pelo simples fato de utilizarem "*entretenimento*" na sua criação e desenvolvimento, o que, evidentemente, não é minimamente razoável.

39. Por fim, no tocante à campanha publicitária "Turma do Chaves", o PROCON/SP entende que tal peça publicitária seria abusiva porque não faria qualquer referência ao produto alimentício ofertado.

40. O absurdo desse argumento somente reforça a inexistência de argumentos jurídicos válidos e capazes de embasar essa distorcida e particular interpretação do PROCON/SP.

41. Não há qualquer dispositivo legal que obrigue os fornecedores a sempre veicularem em suas publicidades os principais produtos que ofertam, sendo completamente desarrazoado o argumento do PROCON/SP para tentar demonstrar a ilegalidade dessa campanha.

42. Caso pudesse ser admitida a interpretação do PROCPON/SP, as rotineiras publicidades que visam divulgar uma determinada marca ou tecnologia, sem chamar a atenção para qualquer produto, também seriam abusivas, o que, evidentemente, não encontra qualquer respaldo legal e foge completamente do razoável.

43. De fato, nada impede que o McDonald's divulgue em uma publicidade apenas brinquedos comercializados nos seus restaurantes, e não os alimentos e bebidas que também oferece aos consumidores. Seria como pretender proibir uma joalheria de veicular publicidade de bolsas e acessórios que comercializa ou uma loja de sapatos de divulgar a venda de carteiras. E isso sem que exista qualquer fundamento legal para tal proibição.

44. Como amplamente demonstrado pelo McDonald's, as publicidades questionadas de nenhuma forma se aproveitam da deficiência de julgamento ou inexperiência das crianças. Além disso, não há qualquer frase ou mensagem imperativa, tampouco apelo às crianças para que façam ou deixem de fazer qualquer coisa ou adquiram qualquer produto que seja.

45. Da mesma forma, as campanhas não apresentavam situação de

654

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.

46. Por tudo isso, não tendo as campanhas publicitárias questionadas violado o artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, resta evidente a inexistência de qualquer fundamento para o PROCON/SP ter aplicado a penalidade de multa ao McDonald's.

(iv) As alegações contraditórias do PROCON/SP

47. Não bastasse toda a distorcida interpretação do PROCON/SP acerca das campanhas publicitárias do McDonald's, os argumentos expostos na contestação são, por diversas vezes, contraditórios.

48. Isso porque, da mesma forma que o PROCON/SP entende ilegal a publicidade que não oferta os produtos alimentícios do McDonald's, referido órgão defende em sua contestação que as campanhas publicitárias veiculadas se valeriam da deficiência de julgamento e inexperiência da cliente por supostamente induzirem o consumo de alimentos alegadamente "*de baixo teor de nutrientes e ricos em calorias e sódio*" (fl. 232).

49. Essa contradição em suas alegações apenas deixa claro que, independentemente dos produtos alimentícios ou brinquedos ofertados pelo McDonald's, o PROCON/SP entende que a publicidade seria ilícita pelo simples fato de estar voltada ao público infantil, o que, como já fartamente demonstrado, não se sustenta.

50. Além disso, a premissa de que o McDonald's comercializaria alimentos pouco saudáveis apenas reflete uma visão preconceituosa e desinformada do referido órgão, decorrente da visão leiga e deturpada que se tem de empresas que atuam no segmento de *fast food*.

51. Como já destacado na petição inicial, 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**.

52. Nesse ponto, vale frisar que as informações nutricionais prestadas pelo McDonald's **foram elaboradas com base nas calorias diárias que uma criança deve consumir**, e não com base na dieta de um adulto, como tenta fazer o crer o PROCON/SP.

53. Prova disso é a tabela abaixo, que foi elaborada segundo os dados divulgados pela própria ANVISA acerca do **consumo diário de calorias de uma criança**. Confira-se:

Adequação nutricional	Energia[1] (kcal)
Cenoura+McNugget+McFruit Uva	32,9%
Cenoura+McNugget+McFruit Maracuja	18,7%
Cenoura+McNugget+McFruit Limão	18,4%
Cenoura+McNugget+McFruit Laranja	18,7%
Cenoura+Hamburguer+McFruit Laranja	24,3%

[1] Proporção entre as calorias da refeição e as calorias que uma criança deve consumir em um dia, segundo dados da ANVISA

54. Como claramente se percebe, há diversas combinações do McLanche Feliz com 18% a 33% da quantidade de **calorias que uma criança deve consumir diariamente**, não havendo que se falar, portanto, que o McDonald's induziria os seus consumidores em erro.

55. Da mesma forma, não há qualquer enganosidade na afirmação de que os produtos alimentícios do McDonald's são adequados para o consumo de crianças.

56. Nesse ponto, o parecer elaborado pelo reconhecido Professor Alfredo Halpern (fls. 126/133), Professor Livre Docente da Universidade de São Paulo, Chefe do Grupo de Obesidade e Síndrome Metabólica do Hospital das Clínicas de São Paulo, foi enfático ao concluir que **(i)** "*Muitos produtos comercializados no McDonald's não apresentam alto teor calórico, tampouco gordura e açúcar em excesso*"; **(ii)** "*Dentro desta variação, é perfeitamente factível ter um dia balanceado do ponto de vista alimentar*"; e **(iii)** "*Não é razoável admitir que um possível quadro de obesidade na criança ou no adolescente seja causado por essas refeições*".

57. Não bastasse isso, também não encontra respaldo a afirmação do PROCON/SP de que não seria verdade "*que autora à época, ou hoje, incentive o consumo de cenouritas e sucos prontos*".

58. A simples análise das campanhas questionadas, já permite concluir que o McDonald's, em sua publicidade, dá destaque a combinação do McLanche Feliz formado por *nuggets*, cenouritas e suco. Atente-se (fl. 388):

59. Por tudo isso, seja em razão de as alegações do PROCON/SP serem contraditórias e, até mesmo, inverídicas, seja em virtude de inexistir norma em vigor que proíba a publicidade de produtos para crianças, de brinquedos ou alimentos, forçoso concluir pela ilegalidade da pena de multa aplicada e a consequente procedência desta demanda.

(v) A necessidade de anulação da multa imposta

60. Como amplamente demonstrado na petição inicial, a aplicação de sanções administrativas não pode ser fundamentada em "estudos" e "pesquisas" tendenciosos, tampouco em uma interpretação unilateral, arbitrária e extensiva da lei, como fez o PROCON/SP.

61. 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.

62. 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

658

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.

63. Assim, inexistindo qualquer dispositivo legal que proíba a publicidade de produtos para crianças, como confessado pelo próprio PROCON/SP, e não havendo nada que diferencie a publicidade do McDonald's de todas as demais publicidade de produtos para crianças veiculadas no mercado, mostra-se completamente ilegal multa aplicada pelo PROCON/SP ao McDonald's.

(vi) Conclusão

64. Por todo o exposto acima, não havendo fundamento legal que ampare a multa imposta pelo PROCON/SP e tendo o Poder Judiciário reconhecido em casos idênticos ao presente a necessidade de anulação da multa imposta pelo PROCON/SP, o McDonald's respeitosamente requer seja a presente ação julgada totalmente procedente para o fim de confirmar a tutela antecipada e declarar inexigível a multa arbitrariamente aplicada pelo PROCON/SP.

Termos em que,
pede deferimento.
São Paulo, 9 de agosto de 2013.

Maximilian Fierro Paschoal
OAB/SP nº 131.209

Pedro P. Barradas Barata
OAB/SP nº 221.727

Carla Cavalheiro
OAB/SP nº 287.410