



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**

**CONCLUSÃO**

Em 25 de junho de 2014, faço estes autos conclusos ao MM Juiz de Direito, Dr. Marcos Pimentel Tamassia. Eu, Marcia Laiz, escrevente, subscrevi.

**SENTENÇA**

Processo nº: **0018234-17.2013.8.26.0053 - Procedimento Ordinário**  
 Requerente: **Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda (McDonald's)**  
 Requerido: **PROCON - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Marcos Pimentel Tamassia**

Controle 1111/2013

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTA, por violação ao artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor movida por ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA (“McDonald's”) contra a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (“PROCON/SP”). Aduz o requerente que não houve publicidade abusiva de seus produtos, razão pela qual requereu, em sede de tutela antecipada, a suspensão da exigibilidade da multa. Alega ainda, no que se diz respeito ao mérito, que o PROCON agiu de maneira exacerbada e absurda ao estipular tão alta multa vinculada aos anúncios do McDonald's, sendo que sequer existe lei em vigor que proíba a publicidade de produtos para crianças, sejam brinquedos ou alimentos; e, que as propagandas dos produtos da requerente não podem ser consideradas abusivas simplesmente por serem lúdicas e festivas. Anexados à exordial vieram os documentos de fls 41 e seguintes.

A antecipação da tutela foi deferida a fls 179/180, contra o que o PROCON/SP interpôs agravo de instrumento a fls 196.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**

O PROCON/SP apresentou contestação a fls 212/247. Ressaltou a requerida que os anúncios publicitários do grupo “McDonald's” são abusivos na medida que se utilizam de meios capazes de ludibriarem a inteligência das crianças; e, valendo-se da pouca experiência de vida delas, impor em suas publicidades referências a valores e experiências que só poderão ser atingidos caso haja consumo dos produtos da lanchonete.

Foi apresentada réplica a fls 643/660.

Negado provimento ao recurso. Fls 722.

Foi realizada audiência com a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes e apresentadas alegações finais a fls 747/777.

EIS O BREVE RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Não vislumbrei a conduta enganosa e abusiva descrita no auto de infração.

Desde logo, vale trazer os comentários de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins sobre os dispositivos retro mencionados, *in verbis*: “**A publicidade enganosa, de que cuida o parágrafo primeiro, é a falsa, mas falsa é, não só a publicidade inverídica, mas toda aquela que puder induzir, o consumidor, em erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e, como especifica a lei, quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Esta falsidade, por ser enganosa, pode decorrer de omissão do que haveria de ter sido informado e não o foi, desde que a omissão tenha sido a respeito de dado essencial (art. 37, parágrafo terceiro, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor). (Omissis). O parágrafo segundo conceitua a publicidade abusiva. Evidentemente a palavra abusiva não foi, aqui, utilizada como excessiva, no sentido empírico, mas no de abuso de direito de fazer publicidade. Será abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza, diz a lei. Discriminar significa estabelecer 'discrimen', mas depreciativamente”.** (in “Código do Consumidor Comentado”, 2ª Edição, 2ª Tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 205/207). (Negritei).

Ora, no informe publicitário em tela não há como se vislumbrar traços de abuso ou de falsidade, inveracidade.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**

O abuso, conforme supra explanado, consiste na existência, por parte do anúncio de discriminação depreciativa, apta a incutir determinada vontade ou induzir o consumidor a certo comportamento. A inveracidade, por sua vez, consiste em informações distorcidas, precárias ou omissas, aptas a induzir o consumidor em erro, em relação ao produto.

No caso em exame, parece-me pouco provável que o conteúdo da mensagem publicitária do requerente tenha poder de induzir ao consumo compulsivo de seus itens pelas crianças. Uma vez que a maioria das cenas alegadas como abusivas pelo PROCON/SP nada mais representam do que atividades infantis em que muitas vezes nem sequer existe a menção ao restaurante e a seus produtos.

Da mesma forma, é pouco crível o suposto perigo que a propaganda poderia apresentar para a formação das crianças. As imagens lúdicas contidas nas publicidades do McDonald's nada mais são do que recursos amplamente utilizados em quase todos os meios publicitários e que têm como finalidade gerar um plano de fundo que chame mais a atenção do espectador; disso para dizer que o anúncio constitui prática abusiva é demasiado exagero.

Por força de cláusula pétrea, a trazer em seu bojo a essência do princípio da legalidade, *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República).

Portanto, de acordo com as diretrizes constitucionais, consoante pugna o requerente em sua petição inicial e réplica, apenas e tão somente poderia o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade das peças publicitárias promovidas pelo McDonald's (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 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). Como toda liberdade pública, a do livre pensar não é plena, e, portanto, comporta limitação, não à luz da discricionariedade dos agentes políticos do Estado, mas sim nas margens dos mandamentos



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**

constitucionais e da lei.

Neste passo, tem-se que a Constituição da República, em seu artigo 220, § 4º, estabelece que “*a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias está sujeita a restrição legal [Lei nº 9.224/96] nos termos do inciso II do parágrafo anterior [compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente], e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso*”.

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 de sanduíches e surpresas, razão pela qual não há que se promover a restrição absoluta pleiteada sob tal ótica.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, estabelece como direito básico do consumidor a proteção de sua vida, saúde e segurança contra os riscos potenciais de produtos perigosos ou nocivos, como também o direito a mais ampla informação e proteção contra publicidade enganosa e abusiva (artigo 6º, incisos I, II, III e V, da Lei nº 8.078/90), sendo certo que seu artigo 37, *caput* e § 2º, dispõe que “*é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência de criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*”. Tal norma se coaduna com o disposto no artigo 227, da Constituição da República e com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, a promover tutela prioritária da criança, por se tratar de ser em desenvolvimento.

Em suma, a veiculação de peça publicitária é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, apenas passando pelo controle de legalidade do Poder Judiciário, caso se mostre exorbitante ou nociva.

Entendimento semelhante é o demonstrado pelo TJ/SP, *in verbis*: “(...) 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 que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil** (grifei). Os pais das crianças conhecem os riscos do consumo de refrigerantes e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. **Portanto, se as crianças não**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO PAULO**  
**FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES**  
**4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA**  
**VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020**

*possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes ? (grifei) ... " (TJ/SP – 4º Câmara de Direito Privado – Apelação n.566.275.4/7 – São Paulo – Des. Rel. Ênio Santarelli Zuliani)*

No mais, mesmo que depois do já exposto restasse dúvida sobre a abusividade das campanhas publicitárias do McDonald's no que tange a exploração da capacidade cognitiva das crianças, cumpre-se ressaltar que da oitiva das testemunhas arroladas pode-se concluir no sentido de que as propagandas da requerente não possuem esse teor abusivo.

Valendo-se do testemunho de Roberto Gnypek: "*(...)em qualquer ramo, as publicidades têm um conteúdo positivo e não negativo; a campanha não era direcionada a crianças, mas a famílias (grifei); tanto assim, que desde de 2006, a empresa autora tem por norma não veicular publicidade em canais cuja audiência é de crianças no período pré escolar e inferior, como por exemplo, no canal Discovery Kids; são feitas pesquisas para que a inserção publicitária não ocorra em canais e horários em que a audiência exclusiva de crianças seja igual ou superior a 50%, ou seja, a veiculação deve ocorrer quando as crianças estão acompanhadas de suas famílias, já que elas nunca vão desacompanhadas às lanchonetes da rede (...)*".

Por todo o exposto, não creio seja possível prevalecer a multa imposta, que se mostra exagerada e divorciada da realidade, autuando comportamento da empresa autora que em nada pode levar a enganos ou a prejuízos à saúde infantil.

Isto posto e pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação e anulo a multa aplicada à autora pela ré, condenando a ré no pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 50.000,00 de acordo com o art 20 §4º e nas custas, na forma da lei.

Recorro de ofício da presente decisão.

P.R.I.

São Paulo, 1 de julho de 2014.

Juiz de Direito