



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Registro: 2015.0000463968

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0018234-17.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON-SP, é apelado ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em 5^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO E NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 29 de junho de 2015.

FERMINO MAGNANI FILHO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5^a CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

VOTO N° 17945

APELAÇÃO CÍVEL N° 0018234-17.2013.8.26.0053

COMARCA DE ORIGEM: SÃO PAULO

APELANTE(S): *FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO - PROCON*

APELADO(S): *ARCOS DOURADOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - (McDONALD'S)*

MULTA ADMINISTRATIVA – Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva – Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio – Kit “Mc Lanche Feliz” – Abusividade não verificada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA – Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável – Precedente jurisprudencial – Apelação do PROCON não provida.

Vistos.

Apelação tempestiva interposta pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo - PROCON contra r. sentença do digno Juízo da 4^a Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 783/787), que julgou procedente ação ajuizada por Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda (McDonald's), visando declaração da inexigibilidade de multa por prática publicitária supostamente abusiva destinada ao público infantil – venda do kit Mc Lanche Feliz.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) a publicidade é abusiva, consoante Resolução nº 163/2014 do CONANDA; b) estratégia de incentivo ao consumo, dirigida a público em desenvolvimento; c) é nítida a estratégia para que os pequenos influenciem de forma determinante nas decisões de compra da família; d) legalidade e proporcionalidade da multa aplicada; e) gravidade da infração; f) subsidiariamente, necessidade de redução dos honorários cominados (fls 794/824).

Apelo respondido (fls 828/854).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

A dnota Procuradoria de Justiça informou seu desinteresse no feito (fls 858/862).

É o relatório.

1- Ação ajuizada por Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda (McDonald's) com pedido de anulação da penalidade imposta no Auto de Infração nº 5465 Série D7, nos autos do Processo Administrativo nº 1722/10, motivada pela veiculação de publicidade supostamente abusiva na venda do *kit Mc Lanche Feliz*, em detrimento da hipossuficiência do público infantil (fls 42/43). Sanção cominada à razão de R\$ 3.192.300,00.

Ação julgada procedente, anulada a autuação pelo digno *a quo*. Sentença que mantendo.

2- Saliento, para constar, que a autuação *sub judice* ocorreu no ano 2008. A multa foi aplicada em 2010. E o PROCON sustenta sua legitimidade com base numa Resolução do CONANDA lançada em 2014. Mas essa questão intertemporal é o de menos, como justificarei. Importa atacar o âmago da questão.

Neste aspecto, não vislumbro prática abusiva da vendedora de sanduíches na hipótese dos autos.

Tomemos estas quatro premissas:

- a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;
- b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimir os nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;
- c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;
- d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

muito atual, mas com um quê autoritário, da militância “ongueira”, sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.

3- Consequência do modelo socioeconômico ocidental, não é de hoje que o mercado publicitário se ocupa de direcionar as peças produzidas para cada nicho de consumo, buscando cativar clientelas específicas e inculcar a necessidade muita vez inexistente de aquisição de produtos e serviços. Faz parte do nosso sistema e, mais e mais, *inclusão social é consumo*.

Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos ao querer, ao desejo dos produtos e serviços.

Todavia, não é porque existe o chamariz que *sempre* se compra. Pressupõe-se – isso é essencial, e somente relativizado em hipóteses casuísticas – uma *margem de decisão*, de escolha racionalizada.

Daí que a estratégia publicitária não será *sempre* abusiva. Não se pode admitir interpretação literal da Resolução nº 163/2014¹ do CONANDA. Há que se constituir de prejuízo evidente, que atravesse de modo direto (não oblíquo ou idealizado) a formação moral, intelectual, familiar e social do infante.

O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atrelá-las ao universo lúdico, às personagens de estima do público infantil. Se o fizesse, iludido por iniciativas midiáticas, desbordaria num paternalismo sufocante (*nanny state*), interferindo em direitos individuais que ultrapassam a órbita pública e flirtam com totalita-

¹ Quatorze dos 28 membros da composição legal do CONANDA são escolhidos dentre as ONGs militantes nas questões de Infância e Juventude.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

rismos.

Deveras, há um espaço indelegável para a educação dirigida pelos pais, que devem indicar os prós e contras das escolhas, v.g, do que significa o alimento sem valor nutritivo e alto valor calórico. E também – principalmente – o aprendizado do sentido absoluto do “não!”. Impossível ter tudo pelo simples fato de assim o querer, sob o risco de se constituírem adultos que se portam sem limites, mormente quando se desiludem por não conseguir o que desejariam, na ditadura do *tutto e subito*. Pusilâimes.

Hábitos saudáveis são aprendidos, aculturados, nos ambientes familiar e escolar. Há outras situações e ocasiões de abusividade efetiva a serem cuidadas, longe do comércio de guloseimas.

Mas para a Fundação PROCON pareceu mais cômodo acolher acriticamente a representação – equivocada, ainda que com aparência de boas intenções – do Instituto Alana², do que, sob o risco de ser pechado por conduta politicamente incorreta, mandá-la à dignidade silenciosa da gaveta de arquivo.

Já decidiu esta Corte Paulista:

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 atreve aos limites da livre concorrência e da legalidade – Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente – Sentença de procedência reformada apenas para redução da

² Em memorial dirigido a este relator, datado de 14/04/2015, o Instituto Alana “defende o fim de toda e qualquer comunicação mercadológica que seja dirigida às crianças – assim consideradas as pessoas de até 12 anos de idade, nos termos da legislação vigente –, a fim de, com isso, protegê-las dos abusos reiteradamente praticados pelo mercado”. Neste caminhar, em breve haverá reivindicação de censura publicitária a outros grupos tidos por vulneráveis, como idosos, gestantes, vestibulandos etc.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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 (Apelação Cível nº 0025180-44.2009.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, j. 27/11/2012).

4- Sobre a verba honorária sucumbencial, anoto que o digno magistrado sentenciante estabeleceu-a em R\$ 50.000,00.

Con quanto seja elevada a multa cominada e os parâmetros da verba sucumbencial não possam atrelar-se unicamente ao valor da causa, considero, por força do disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, bastante razoável o arbitramento ora recorrido. Trata-se de ação volumosa, fruto de conduta açodada da requerida.

Por meu voto, nego provimento à apelação da Fundação PROCON.

Ficam as partes e respectivos procuradores cientificados que eventuais recursos interpostos contra esta decisão poderão ser submetidos a julgamento virtual nos termos do artigo 154 e parágrafos, do Código de Processo Civil. Eventual oposição deverá ser formalizada no momento de sua interposição ou resposta (Resolução TJSP nº 549/2011). O silêncio será interpretado como anuência ao julgamento virtual.

FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador Relator