SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS
SÃO PAULO Rua Galvão Bueno, 412 15º andar Liberdade
CEP: 01506-000 SP Brasil
T (55 11) 3273-4000 F (55 11) 3273-3745

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TJSP2INSOLO 13MAI14 16h20 2014.00300826-0(07)

Processo autuado sob nº 0035929-18.2012.8.26.0053

NESTLÉ BRASIL LTDA., devidamente qualificada nos autos do Recurso Especial em epígrafe, interposto contra v. Acórdão proferido nos autos da Ação Anulatória movida em face de **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de seus advogados que ao final subscrevem, com fundamento no artigo 508[1], do Código de Processo Civil, apresentar

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL

com fundamento nos motivos de direito a seguir expostos, requerendo a sua juntada aos autos para a devida apreciação, na forma da lei.

[1] ***Art. 508.*** *Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

Posto isto, requer desde já seja negado seguimento ao recurso interposto, ou, na hipótese de superadas as matérias impeditivas da análise do mérito recursal, seja-lhe negado provimento.

Por fim, requer-se que todas as publicações e demais intimações relacionadas ao feito sejam expedidas, conjunta e exclusivamente, **sob pena de nulidade**[2], em nome do Drs. **CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO** e **GUSTAVO GONÇALVES GOMES**, inscritos na OAB/SP sob os nºs 169.709-A e 266.894-A, respectivamente, ambos com Escritório na Rua Galvão Bueno, nº 412, 15º andar, Liberdade, CEP 01506-000.

Nestes termos,
pede deferimento.

São Paulo, 09 de Maio de 2014.

GUSTAVO GONÇALVES GOMES
OAB/SP Nº 266.894-A

THAÍS MATALLO CORDEIRO
OAB/SP Nº 247.934

RAPHAEL CESENA GUTIERREZ
OAB/SP Nº 311.419

EDUARDA MARES CONCEIÇÃO SANTOS
OAB/SP Nº 344.740

[2] "Advogado – Patrocínio em conjunto – Patrono designado para receber intimações. Se vários advogados patrocinam uma só parte em determinado processo, é lhes permitido eleger um deles, para receber as *intimações*. Designado, expressamente, o advogado que receberá as intimações, serão ineficazes aquelas dirigidas a outros patronos". (STJ – 3ª T. Resp. nº. 225.459-GO; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; j. 16/09/2004. V.U – grifou-se)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

CONTRARRAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Ação Anulatória

5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo do Estado de São Paulo
Processo nº 0035929-18.2012.8.26.0053

RECORRENTE: **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**

RECORRIDA: **NESTLÉ BRASIL LTDA.**

Egrégio Tribunal,

Ilenda Câmara,

Nobres Julgadores.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cabe mencionar que as presentes Contrarrazões ao Recurso Especial são apresentadas no prazo legal de 15 (quinze) dias, conforme estabelecido pelo artigo 508[3], do Código de Processo Civil.

Com efeito, a r. decisão que recebeu o Recurso Especial interposto pela Recorrente, foi disponibilizado no Diário Oficial em 25 de Abril de 2014 (sexta-

[3] ***Art. 508.*** *Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

feira). Desse modo, considera-se a referida decisão publicada, portanto, em 28 de Abril de 2014 (segunda-feira), nos termos do Artigo 4º, §3º[4], da Lei 11.419/2006.

Logo, em conformidade com o artigo 184, *caput* e § 2º[5], do Código de Processo Civil, o cômputo do referido prazo iniciou-se na data de 29 de Abril de 2014 (terça-feira), encerrando-se somente em 13 de Maio de 2014 (terça-feira), não restando dúvidas, portanto, quanto à sua tempestividade.

II. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Anulatória, movida por **NESTLÉ BRASIL LTDA** em face de **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**, na qual a Recorrida pretende a anulação das decisões proferidas pelo Recorrente, as quais condenaram esta empresa ao pagamento de multa no importe de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

Referida punição administrativa foi oriunda de uma autuação efetuada pelo PROCON-SP, mediante a lavratura do Auto de Infração nº 3211 Série D7, com base em representação oferecida pelo Instituto Alana, iniciando-se, assim, o processo administrativo nº 1464/2009.

Tal processo administrativo surgiu de supostas infrações decorrentes

---

[4] ***Art. 4º.*** *Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.*
(...)
§ 3º *Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.*

[5] Art. 184. *Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.*
(...)
§ 2º *Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único).*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

da veiculação pela Recorrida de duas campanhas publicitárias, relativas às promoções comerciais "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

Nesse esteio, em relação à propaganda da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", esclareceu-se que a participação no sorteio de prêmios estaria condicionada ao envio por SMS de código fornecido em cupom fiscal emitido após a compra de R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé.

Segundo a Recorrente, tratou-se de campanha publicitária abusiva, vez que direcionada ao público infantil, violando supostamente, assim, o artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/1990.

Já no tocante à promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", alegava o Recorrente que esta Recorrida teria supostamente deixado de informar o custo relativo ao envio de cada mensagem no Relatório Regencial, documento no qual era fornecido o código para participar da promoção, bem como o número para o qual a mensagem deveria ser enviada.

Assim, sob o crivo da Recorrente, haveria suposta infração ao artigo 31 da Lei nº 8.078/1990 em razão da falta de informação adequada, na referida propaganda, quanto ao custo para o envio de mensagem pelo telefone móvel.

Discorreu a Recorrida acerca das nulidades existentes no processo administrativo, bem como suscitou as normas vigentes no direito pátrio a fim de justificar a notória irregularidade das decisões proferidas pelo Recorrente.

Com base em referidas alegações a Recorrida ingressou com a presente ação requerendo:

a) a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de:

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

(i) *suspender a exigibilidade da sanção administrativa, consistente na aplicação da multa de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos) e;*

(ii) que o órgão Recorrente se abstivesse de inscrever o débito apontado em dívida ativa até o julgamento final da presente ação;

b) ao final a confirmação da tutela antecipada, julgando procedente a ação para anular o Auto de Infração lavrado pelo órgão Recorrente, e, consequentemente declarar nula e inexigível a multa imposta;

c) subsidiariamente, caso não fossem acolhidos os pedidos acima, requereu a redução do quantum fixado, a título de multa, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O Recorrente foi citado e apresentou contestação.

Sobreveio sentença em que o Nobre julgador de Primeira Instância, brilhantemente, entendeu pela procedência do pedido da Recorrida, nos seguintes termos:

"Ante o acima exposto, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abusividade, sendo de rigor o decreto de procedência do pedido. Posto isso e pelo mais do que nos autos consta, julgo PROCEDENTE o pedido para anular o auto de infração nº. 3211, série D7. Em face da sucumbência experimentada, arcará o réu com o pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas do desembolso, e honorários advocatícios de R$

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

10.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil".

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso de Apelação reiterando o quanto alegado em contestação no sentido de que as propagandas mencionadas acima teriam infringido os artigos 31 e 37, § 2º da Lei nº. 8.078/1990.

Vindas as contrarrazões da Recorrida, ao apreciar o Recurso, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, houve por bem dar parcial provimento ao recurso, conforme ementa:

> *"Apelação Cível Ação Anulatória Multa aplicada pelo PROCON/SP Propaganda abusiva direcionada ao público infantil e ausência de informação ostensiva e adequada sobre o custo para envio de mensagem (SMS) para participação em promoção Abusividade não demonstrada Ausência de ofensa ao artigo 32, § 2°, do CDC Ausência de informação demonstrada Infração ao disposto no artigo 31 do CDC configurada Manutenção da penalidade relativa à segunda infração apenas - Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e Portaria Normativa do PROCON - Sentença parcialmente reformada Recurso da ré parcialmente provido para afastar a anulação da multa relativa à infração ao artigo 31 do CDC."*

Foram opostos Embargos de Declaração pelo Recorrente e pela Recorrida, sendo ambos rejeitados.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Nesse contexto, ambas as partes interpuseram Recurso Especial, esta Recorrida visando a manutenção da r. sentença tal como lançada, haja vista a necessidade de anulação de todas as multas aplicadas.

A Recorrente, por sua vez, não satisfeita com as decisões proferidas, interpôs o presente Recurso Especial, o que não reúne os quesitos de admissibilidade que lhe são obrigatórios, muito menos razão no mérito, conforme se verá.

Diante do exposto, espera a Recorrida que o Acórdão ora guerreado seja reformado com base nos argumentos suscitados no Recurso Especial por ela interposto, negando-se seguimento, ou mesmo provimento, ao presente Recurso Espacial.

Todavia, sendo ultrapassadas as razões recursais, a aplicação de *multa relativa à inexistente violação ao artigo 37 do CDC*, tal como apontada pela Recorrente, não merece ser acolhida, de forma que, em última análise, o Acórdão deverá ser mantido, conforme razões a seguir expostas.

II.B – REEXAME DE FATOS E PROVAS – Súmula 7 do STJ

Cumpre salientar, ainda, que pretende a Recorrente, escancaradamente, o reexame de provas por meio do Recurso Especial interposto, fato este que é expressamente vedado em nosso ordenamento jurídico, e tal é o posicionamento também da doutrina, assim como demonstrado.

Inclusive, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, houve por bem reconhecer a impossibilidade de reexame de provas em sede de recurso especial, o que veio a ser confirmado com a edição da Súmula

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

nº 7, valendo trazer ao bojo dos autos alguns julgados nessa mesma linha, como veremos a seguir:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSOS ESPECIAIS. ART. 121, §§ 3º E 4º DO CP.* ***AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ.*** *ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 159 DO CPP. INOCORRÊNCIA. I - Se as teses referentes às violações aos arts. 156, 157, 158 e 381, III do CPP não foram enfrentadas sequer implicitamente pelo e Tribunal a quo, fica esta Corte impedida de conhecer o recurso nesses pontos, tendo em vista a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas n.º 282 e 356 do c. STF).* ***II - Inviável nesta instância, a teor do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte, a análise de fatos que não restaram incontroversos nas instâncias ordinárias, pois demandam, necessariamente, a incursão na seara fático-probatória (Precedentes).*** *III - Evidenciado no caso que o e. Tribunal a quo não confundiu quando da análise do conjunto probatório a prova testemunhal com a pericial (que sequer foi produzida), não há que se falar em violação ao art. 159 do Código de Processo Penal. Recurso do Ministério Público não conhecido. Recurso do assistente de acusação parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido".* [6]

> *"PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA NA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE*

[6] STJ - REsp nº 827942, Rel. FELIX FISCHER, j. 08.08.06, DJ 04.09.2006 Grifo nosso

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

PREQUESTIONAMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULAS 7 E 211/STJ. 1. Não se conhece de recurso especial pela divergência quando não cumpridas as exigências insertas no artigo 255 do RISTJ. ***2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ). 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 07/STJ).*** *4. Recurso especial não conhecido."*[7].

"Recurso especial. Impossibilidade de considerar elementos de fato diversos daqueles em que se assentou o acórdão recorrido. ***Destina-se o recurso a velar pela exata aplicação do direito aos fatos que as instâncias ordinárias soberanamente examinaram****."* [8]

O presente Recurso Especial não discute efetivamente a violação de Lei Federal, mas tão somente reclama a reanálise de fatos, buscando convencer esse Douto Superior Tribunal que a propaganda da Recorrida teria violado o disposto no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, o que implicaria a imposição da respectiva multa.

Em outras palavras, ao invés de debater a interpretação de norma federal ou a adequação do seu processo subsuntivo, o presente apelo extremo materializa recurso de amplo efeito devolutivo e pretende fazer desta Corte, um Tribunal voltado à revisão da base empírica e do conjunto probatório dos autos.

[7] STJ - RESP N° 844225, Rel. CASTRO MEIRA, j. 15.08.06, DJ 25.08.2006 Grifo nosso
[8] STJ – RESP nº 3.742, Rel. EDUARDO RIBEIRO, j. 04.09.90, DJU 09.10.90 Grifo nosso.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Contudo, justamente em razão do Recurso Especial ser, pela sua própria natureza, um recurso de estrito direito, que a incidência da Súmula 07 desta E. Corte é automática e torna medida de rigor a inadmissibilidade do presente apelo extremo, conforme já decidiu esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> "***PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSOS EPECIAIS. ART. 121, § 3º e 4º DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ.*** *ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 159 DO CPP. INOCORRÊNCIA. I – Se as teses referentes às violações ao arts. 156, 157, 158 e 381, III do CPP não foram enfrentadas sequer implicitamente pelo e Tribunal a quo, fica esta Corte impedida de conhecer o recurso nesses pontos, tendo em vista a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas n.º 282 e 356 do c. STF).* ***II – Inviável nesta instância, a teor do enunciado nº 7 da Súmula desta Corte, a análise de fatos que não restaram incontroversos nas instâncias ordinárias, pois demandam, necessariamente, a incursão na seara fático-probatória (Precedentes).*** *III – Evidenciado no caso que o e. Tribunal a quo não confundiu quando da análise do conjunto probatório a prova testemunhal com a pericial (que sequer foi produzida), não há que se falar em violação ao art. 159 do Código de Processo Penal. Recurso do Ministério Publico não conhecido. Recurso do Assistente de acusação parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido.*
> *(Resp 827942, STJ, Rel. Felix Fisher, DJ 04-09-06)*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

"PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA NA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULAS 7 E 211/STJ. 1. Não se conhece de recurso especial pela divergência quando não cumpridas as exigências insertas no artigo 255 do RISTJ. ***2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ). 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 07/STJ).*** *4. Recurso especial não conhecido.*

(Resp 844225, STJ, Rel. Castro Meira, DJ 25-08-06).

Portanto, em face da evidente intenção da Recorrente em revisitar as provas encartadas aos autos, o que não é permitido em sede de Recurso Especial, a Recorrida requer seja negado processamento ao recurso interposto, dele não se conhecendo, a teor da Súmula nº 7 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, mantendo-se integralmente o v. acórdão atacado.

III. MÉRITO

III.A AUSENCIA DE VIOLAÇÃO A LEI FEDERAL – PROPAGANDA REALIZADA EM OBSERVANCIA AO DISPOSTO NO ART. 37 § 2 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não obstante todos os esclarecimentos prestados, assim como o conjunto probatório constituído nos autos, os quais evidenciam a legalidade da propaganda realizada pela Recorrida Nestlé, o Recorrente insiste em sua tese de suposta violação aos preceitos de leis federais suscitados.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

No que pertence à propaganda para a divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", o órgão Recorrente alega violação ao artigo 37 §2º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> "*Art. 37. **É proibida** toda **publicidade** enganosa ou **abusiva.***
>
> *(...)*
>
> *§ 2° **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 da 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.."*

Sob o crivo da Recorrente, tratou-se de campanha publicitária abusiva, única e exclusivamente pelo fato de ser supostamente relacionada ao imaginário do público infantil.

Todavia, não logrou êxito a Recorrente em comprovar que o público da propaganda era o exclusivamente infantil, não se desvencilhando do fato de que, para que se pudesse participar da promoção em comento, exigia-se do participante conduta apenas praticável por pessoa de capacidade civil plena.

Isso porque, a referida promoção estabelecia que, na compra de no mínimo R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé, ressalte-se, sem qualquer especificação de produto destinado ao consumo infantil, o consumidor deveria informar o código promocional no cupom fiscal, com um celular próprio

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

para o envio via SMS.

Neste cenário, destaque-se que o referido código era composto por 19 posições alfanuméricas que deveriam ser corretamente digitadas no aparelho celular, o que dificulta de sobremaneira a atuação de uma criança neste sentido.

Ademais, como muito bem observado pelo D. Juízo singular ao argumento de que a Recorrente teria se aproveitado da "*deficiência de julgamento e experiência da criança*", com os brilhantes argumentos transcritos abaixo assim constou em senteça:

> "*Com efeito, compra quem quer e compete aos pais e/ou responsáveis fiscalizar, ensinar e proibir*".

Por outro lado, se fosse a intenção da Recorrida atingir exclusivamente este público, certamente não criaria a forma de participação mínimo bastante complexa para o capacidade intelectual da criança!

Notem que o V. Acórdão, em outra análise criteriosa ao caso, também refutou a tese do Recorrente, haja vista a carência de elementos que a justifiquem, vejamos os trechos abaixo destacados:

> "*Não se verifica, na propaganda em questão, discriminação de qualquer natureza ou incitação à violência. Também não há exploração do medo ou da superstição e nem desrespeito a valores ambientais. O anúncio também não é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*. ***A campanha que tem como principal atrativo a participação em filme com a apresentadora***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Xuxa é inegavelmente dirigida ao público infantil, mas é certo que não há vedação constitucional ou legal da divulgação de publicidade dirigida a esse público. Não se pode presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo."

(...)

"Ainda que a publicidade busque sempre inflamar a vontade de compra, em persuasão dirigida à decisão e à ação de consumir, ***é certo que o público infantil, como regra, participa apenas no campo do fomento do desejo, já que a decisão e a compra (ação consumidora) estão concentradas na pessoa dos adultos (pais ou responsáveis dos menores). No caso não há, portanto, própria exploração de "deficiência de julgamento e experiência da criança."***

Na tentativa de criar o cenário de uma oferta supostamente abusiva frente às crianças, o Recorrente ainda suscita dispositivo constitucional, qual seja, o Art. 227, assim como Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 4ª, 5ª, 6ª, 7º, 17 e 18, abaixo transcritos:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

BRASIL DE 1988)

"Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

(...)

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor."

(LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.)

Ora Excelências, analisando os dispositivos invocados pelo Recorrente, é possível concluir que nenhuma destas vedações foram violadas pela Recorrida.

Da propaganda veiculada pela Recorrida, verifica-se que nela não há cunho violador do direito inerente ao público infantil no que concerne ao direito e proteção *à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,* tal como insculpido nos artigos evocados pela parte adversa.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

De outro norte, se mostra equivocada a interpretação dada ao art. 37, §2º pela Fundação Procon de São Paulo, ao ponto que estabelece que toda e qualquer publicidade destinada ao público infantil seria abusiva ou enganosa, interpretação essa que não encontra respaldo em nossa Jurisprudência, tampouco na legislação pátria.

Ademais, conforme destacado em outras oportunidades pela Recorrida, quanto aos demais prêmios da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", estes foram distribuídos para o total de 18.500 (dezoito mil e quinhentos) ganhadores, dos quais nenhum tinha idade inferior a 12 (doze) anos, tratando-se, portanto, de, no mínimo, adolescentes, a teor do disposto no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente[9].

Cumpre destacar ainda a ausência de regulamentação específica da matéria ora em debate, haja vista a inexistência de lei ou norma que vede a propaganda publicitária destinada às crianças, salvo aquelas em que há violação, em conjunto, das previsões ditadas na Constituição Federal e no próprio ECA, o que notoriamente não é o caso.

No que tange à jurisprudência aplicável ao caso, cumpre salientar que o tema em espeque não fora pacificado em nível nacional, de forma que as decisões, em sua maioria são de origem do Tribunal paulista:

> Ementa: "***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***

[9] "Art. 2º *Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.*"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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."

Voto: "(...) *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).

(...)

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.

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***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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.

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. (...)"

(TJ/SP - 0029619-23.2010.8.26.0002 - Apelação - Relator: Maia Da Cunha - Câmara Especial - Data do julgamento: 19/09/2011 - Data de registro: 20/09/2011)

Sentença: "*(..) Cuida-se de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, por sua Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, visando compelir a ré a se abster de adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos, além de não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por*

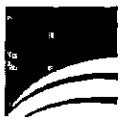
Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento e, por fim, condená-la a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, mediante recolhimento de indenização correspondente a 50% (cinqüenta por cento) do faturamento obtido com a venda de produtos da linha "Gulosos", durante a vigência da promoção "É Hora do Shrek". (...) Consigne-se, inicialmente, que a sociedade de consumo não existe sem a publicidade. É inerente às práticas de venda a oferta de produtos ao consumidor, seja qual for a estratégia aplicada, das mais simples táticas de rua às elaboradas campanhas publicitárias. A propósito já frisou Guido Alpa 'a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna'. No presente caso, tem-se uma prática de marketing utilizada pela ré para aumentar o consumo de seus produtos dentre o público infantil. Para tanto, utilizou-se de estratégia comumente vista no mercado brasileiro: a aquisição de determinados produtos, somada ao pagamento de uma certa quantia dá direito ao recebimento de um brinde exclusivo, durante o período pré-estabelecido. ***Não vislumbro qualquer abusividade nos anúncios veiculados, uma vez que a participação na promoção é de cunho facultativo, tratando-se de mera tática utilizada pela ré para aumentar o público alvo de seus produtos.*** *Os contornos de publicidade abusiva não estão totalmente definidos na ordem jurídica brasileira. Considera-se, em linhas gerais, de uma agressão a valores tidos como importantes pela sociedade de consumo, ofendendo a ordem pública, de forma antiética, opressiva, inescrupulosa, acarretando danos substanciais*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

aos consumidores. Diante do caráter altamente subjetivo de tal conceito, deve-se levar em conta o perfil do homem médio para traçar o parâmetro de abusividade, não se podendo ignorar a capacidade de discernimento e livre escolha de agentes capazes para tanto. ***Não obstante os produtos serem eminentemente dirigidos às crianças, a decisão a respeito de sua aquisição, ou não, cabe aos pais e responsáveis, esses sim dotados de discernimento para julgá-los necessários, adequados, tanto nutricional quando economicamente, para o consumo. De fato, o intuito da ré foi o de conquistar o público infantil, utilizando-se de personagem carismático para atrair sua atenção, contudo, não se pode olvidar de que se trata de marca de reputação antiga na indústria alimentícia brasileira, renomada e de confiança do público em geral, não se deixando de lado o peso dessas características no momento da escolha pelos responsáveis dos produtos alimentares.*** *(...). É inerente à publicidade seu caráter persuasivo, inclusive sua linguagem imperativa, como é gramaticalmente reconhecido, tudo com objetivo de criar demanda de um produto e contribuir para a boa imagem da empresa. Deste modo, não há que se falar em qualquer incongruência entre a linguagem utilizada e os tradicionais métodos empregados em anúncio.* ***A alegação do Ministério Público de que ao exclamar "Colecione!", ao final do anúncio, a ré estaria incitando o consumismo exacerbado no público infantil não merece guarida, pois, como já foi ressaltado o uso de imperativo é comum à linguagem publicitária e restringi-lo resultaria em restrição à***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA



> ***liberdade de comunicação de marketing.*** *(...)* ***Diante disso, tendo em conta o princípio da legalidade, não há empecilho algum no ordenamento do consumidor brasileiro, que impeça a empresa-ré de realizar tal anúncio promocional.*** *Ficam rejeitadas todas as alegações em sentido contrário, por conseguinte, sem embargo do empenho profissional do ilustre representante do Ministério Público. Diante do exposto e à luz de tudo o mais que dos autos consta, julgo IMPROCEDENTE esta AÇÃO CIVIL PÚBLICA que o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO moveu contra PANDURATA ALIMENTOS LTDA.* (...)"
>
> (TJ/SP - 583.00.2008.169077-0 - Juíza: Tânia Mara Ahualli - 41ª Vara Cível do Fórum Central - Data da Sentença: 23/12/2008)

Ainda que a propaganda em questão não tenha sido direcionada ao público infantil, nos referidos julgados proferidos pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo, é possível constatar que os argumentos suscitados pela Recorrente violam diretamente o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal[10]), uma vez que não podem arguir a proibição de veiculação de publicidade dirigida ao público infantil, se inexiste vedação, por norma constitucional ou legal, de propagandas desta natureza.

O Recorrente tenta ainda, de maneira apelativa, fazer crer que a propaganda veiculada pela Recorrida teria o condão de incitar o consumo exagerado de seus produtos, trazendo a parte adversa, em seu recurso, estudos

[10] "Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
(...)
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

sobre a obesidade infantil e a influência de propagandas televisivas na má alimentação de crianças e adolescentes.

Ora Excelências, nada do quanto suscitado pela parte contrária aplica-se ao caso concreto, isso porque a propaganda em questão, que gerou a malfadada sanção pecuniária aplicada pelo Recorrente, não fazia alusão ao consumo de qualquer produto específico, valendo para tanto o consumo de produtos como água, leite, iogurtes naturais ou qualquer outro produto que, por vezes, são inclusive recomendados por nutricionistas especializados na alimentação infantil.

Denota-se que a simples análise da propaganda em questão faz cair por terra toda argumentação trazida pelo Recorrente, no que concerne à proteção da saúde do público infantil, posto que em nenhum momento incita-se o consumo de qualquer produto específico.

Melhor sorte não assiste ao Recorrente quando tenta argumentar que em países mais desenvolvidos as propagandas destinadas ao público infantil são limitadas a horários específicos, conforme fls. 1309. Seguindo raciocínio impar, tenta o Recorrente trazer um comparativo entre países europeus, alegando expressamente que em tais países a campanha publicitária destinada ao público infantil seria, na maioria deles, limitadas ao horário noturno.

Pois bem. Ocorre que no mesmo recurso, ao argumento da Recorrida de que a propaganda publicitária teria sido veiculada predominantemente em horários noturnos e, portanto, não se destinando ao público infantil, o Procon, a contrassenso do quanto ventilado algumas páginas antes em seu próprio recurso, e em completa dissonância com a linha de raciocínio antes traçada, descreveu em seu recurso que o horário da propaganda pouco importava, agora argumentando que mesmo tal conduta não tinha eficácia posto que atualmente mesmo as novelas noturnas têm como espectadores crianças e adolescentes.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Resta claro que o Recorrente tenta a todo ponto e sem sucesso, convencer este Egrégio Tribunal a acolher os frágeis argumentos transcritos em seu Recurso, contudo, diante da vasta carga probatória carreada aos autos, em conjunto com a Jurisprudência e legislação vigente, resta mais do que demonstrado que inexiste abusividade na propaganda veiculada pela Recorrida.

Desta forma, resta clara a absoluta ausência de abusividade da oferta veiculada, de maneira que a multa aplicada pelo Recorrente mostra-se abusiva, devendo ser afastada como medida de Justiça.

IV. DO PEDIDO

Ante o exposto, tendo em vista a ausência de requisitos essenciais para o seu conhecimento, a Recorrida requer a decretação da inadmissibilidade do presente recurso.

De toda sorte, *ad argumentandum*, na hipótese de ser admitido o recurso, certo é que lhe deve ser **Negado Provimento**, mantendo-se inalterada a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no que diz respeita à matéria ora atacada pela parte adversa, por medida de JUSTIÇA!

Por fim, requer-se que todas as publicações e demais intimações relacionadas ao feito sejam expedidas, conjunta e exclusivamente, **sob pena de nulidade**[11], em nome do Drs. **CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO** e **GUSTAVO GONÇALVES GOMES**, inscritos na OAB/SP sob os nºs 169.709-A e

[11] "Advogado – Patrocínio em conjunto – Patrono designado para receber intimações. Se vários advogados patrocinam uma só parte em determinado processo, é lhes permitido eleger um deles, para receber as intimações. Designado, expressamente, o advogado que receberá as intimações, serão ineficazes aquelas dirigidas a outros patronos". (STJ – 3ª T. Resp. nº. 225.459-GO; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; j. 16/09/2004. V.U – grifou-se)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

266.894-A, respectivamente, ambos com Escritório na Rua Galvão Bueno, nº 412, Liberdade, CEP 01506-000.

Nestes termos,

pede deferimento.

São Paulo, 09 de Maio de 2014.

GUSTAVO GONÇALVES GOMES
OAB/SP Nº 266.894-A

THAÍS MATALLO CORDEIRO
OAB/SP Nº 247.934

RAPHAEL CESENA GUTIERREZ
OAB/SP Nº 311.419

EDUARDA MARES CONCEIÇÃO SANTOS
OAB/SP Nº 344.740

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA