

596/11

396



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
 à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON  
**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 7ª**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

P.2

Processo nº 0010824-73.2011.8.26.0053  
 Procedimento Ordinário

739-7116, PRAZ. PRAZ. 139-16/MAI/2011 13:01-001031-2/2

11.971-1.14-27.18/RE. 18-13-14-2011-19-22-60085-3/3

**FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP**, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob nº 57.659.583/0001-84, nos autos da ação que lhe move **PEPSICO DO BRASIL LTDA.**, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, pelas razões a seguir expostas:

*Handwritten signature*

*Handwritten notes on adjacent page:*  
 - Análise de...  
 - Promoção...  
 de...  
 → Direito...  
 el...  
 L. 8040



397

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

**I - DOS FATOS**


Nos termos do Auto de Infração nº 3222, série D6, de 01/04/08, dos Autos do Processo Administrativo nº 586/08, após regular notificação e apresentação de esclarecimentos, constatou a ré ter a autora cometido a seguinte infração:

a) *veiculou publicidade dirigida ao público infantil, em suas versões de salgadinhos "Cheetos com surpresa - Hello Kitty" e "Cheetos com surpresa - Homem Aranha", dando destaque, nas embalagens, sobre a existência de brindes, utilizando frases, tais como, "Contém um chaveiro 10 modelos" e "contém um pingente de celular 3D", caracterizando a publicidade abusiva, por dirigir-se ao público infantil, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança e do adolescente, a fim de impedir-lhes o consumo do produto, o que pode induzir no público alvo um comportamento prejudicial à saúde, em virtude de estimular o consumo excessivo, violando a disposição constante do § 2º, do artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor.*

Recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe R\$ 305.493,33 (trezentos e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), já com redução de 1/3 (um terço) em virtude da aplicação da circunstância atenuante da primariedade, consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do mesmo Diploma.

Discordando da sanção imposta, propôs ação anulatória do ato jurídico administrativo, argumentando, resumidamente:

a) *que não existe de infração, vez que o consumo excessivo de salgadinhos não está capitulado como infração, inexistindo risco por serem as crianças dependentes de seus pais, responsáveis pela sua educação e manutenção;*



358

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

- b) *que muitas outras marcas fazem propagandas no mesmo molde da aqui apenada;*
- c) *que a ação Civil Pública movida pelo MP de São Paulo foi julgada improcedente;*
- d) *que a multa fixada é aleatória desarrazoada, desproporcional e excessiva, possuindo caráter confiscatório, não tendo sido observados os critérios para sua fixação;*
- e) *que a receita bruta da empresa, como um todo, não pode ser levada em consideração para o cálculo da multa, devendo ser observada a receita com a venda do produto divulgado, no Estado de São Paulo.*

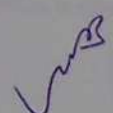
Pleiteou, ainda, tutela antecipada para suspender a inscrição da multa na Dívida Ativa, sob o enredo do dano irreparável, diante da possível inscrição de seu nome na Dívida Ativa, com execução da cobrança da dívida e a lançamento no CADIN.

Requeru a procedência da ação, com a anulação do processo administrativo, ou, alternativamente a redução da multa.

O pedido de tutela antecipada foi deferido pelo MM. Juiz *a quo*, por entender presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Tendo em vista essa medida, contrária aos requisitos da tutela antecipada, *sem imposição de oferecimento de garantia*, foi interposto agravo de instrumento.

Os argumentos apresentados pela autora se assentam na alegação de que a propaganda veiculada não é abusiva.





399

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

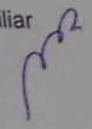
Conforme se infere das cópias dos autos administrativos acostadas à inicial, o auto de infração foi lavrado em virtude de constatação efetuada pela fiscalização da ré, de que a propaganda veiculada estava a induzir nas crianças e adolescentes o consumo excessivo de salgadinhos, somente para conseguir colecionar os brindes, comportamento prejudicial à saúde.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, *caput*<sup>1</sup>, estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente os direitos 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 e determina que as crianças e os adolescentes sejam protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) regulamenta os referidos direitos, alguns deles comuns a todos os cidadãos e outros pertinentes só às crianças e aos adolescentes, e consagra o respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a inviolabilidade de sua integridade física, moral e psíquica, especialmente nos artigos 4<sup>o2</sup>, 5<sup>o3</sup>, 6<sup>o4</sup>, 7<sup>o5</sup>, 17<sup>6</sup> e 18<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

<sup>2</sup> 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.





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Prevê, ainda, no seu artigo 76<sup>8</sup>, normas a serem seguidas pelas emissoras de rádio e televisão no tocante à programação, a fim de que dêem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas que respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina a publicidade de forma específica, o que foi feito pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990), elaborado em razão do mandamento constitucional constante dos artigos 5º, inciso XXXII<sup>9</sup> e 170, inciso V<sup>10</sup>.

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 proteção à infância e à juventude.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

<sup>5</sup> Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. (...)

<sup>9</sup> Art. 5º. (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

*me*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

No tocante ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor determina, no seu artigo 37, parágrafo 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal:

*Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...)*

*§ 2º. 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, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.*

Percebe-se que a Lei nº 8.078/90 elencou, a título exemplificativo, algumas hipóteses de publicidades consideradas abusivas<sup>11</sup>, dentre elas, aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e de experiência da criança.

Não há dúvidas de que a publicidade do produto “Cheetos com Surpresa” é direcionada eminentemente ao público infantil e que o seu grande atrativo é justamente a distribuição de chaveiros de modelos diversos com os personagens “Hello Kitty” e “Homem-Aranha”, contidos nas embalagens dos salgadinhos. E aí reside a sua abusividade porquanto se vale da deficiência de julgamento e de experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo.

<sup>10</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor;

<sup>11</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 339.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

De acordo com a Lei nº 8.069/90, é considerada criança a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos<sup>12</sup>. Por conta da peculiaridade de ser pessoa em formação, a criança é incapaz para praticar os atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda<sup>13</sup>.

Dai porque, em qualquer relação de consumo, a criança não pode ser considerada uma consumidora comum, pois é sempre hipossuficiente, isto é, mais vulnerável do que os demais e, portanto, precisa de maior proteção.

Nesse sentido, ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin<sup>14</sup>:

A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.

(...)

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.

<sup>12</sup> Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos dessa Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade.

<sup>13</sup> Art. 3º (do Código Civil). São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; (...).

<sup>14</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 343-344.



407

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing*.

De fato, existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior, demonstrando que a criança não tem condições de entender as mensagens publicitárias que lhe são dirigidas, por não conseguir distingui-las da programação na qual estão inseridas nem, tampouco, se defender do seu caráter persuasivo.

É o que explica Noemi Friske Momberger<sup>15</sup>:

*Como as crianças não são auto-suficientes, não podem ser comparadas e tratadas da mesma forma que os outros consumidores, merecendo uma proteção especial por parte do legislador, pois não possuem condições de entender o verdadeiro objetivo da publicidade que é a persuasão do consumidor, e nem conseguem se defender da publicidade abusiva dirigida especialmente a esta categoria de consumidores que representa 32% da população brasileira. Simplesmente não se pode atribuir ou esperar que as crianças possuam a mesma capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento.*

No caso em tela, para adquirir a coleção de chaveiros da "Hello Kitty" ou do "Homem-Aranha", seria necessário comprar, no mínimo, 10 salgadinhos daquela ou 7 salgadinhos deste.

<sup>15</sup> A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.

CC





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Sendo o público-alvo infantil, a verdadeira razão da compra dos 10 ou 7 produtos, conforme o caso, em um prazo curto de tempo (já que a promoção era por tempo limitado) não era a necessidade ou mesmo a qualidade desses produtos, mas a vontade das crianças em adquirir a coleção completa dos diferentes chaveiros.

Um exemplo disso é que em *sites* de comércio eletrônico estão disponíveis para compra as coleções completas com 10 chaveiros da "Hello Kitty" e com 7 chaveiros do "Homem-Aranha".

Se assim não fosse, toda a estratégia de *marketing* não teria sido desenvolvida de forma a se dirigir ao público infantil, mas aos adultos, até mesmo porque a escolha dos alimentos consumidos pelas crianças cabe aos pais ou responsáveis, embora influenciados por elas.

Nesse sentido, a Suprema Corte da Califórnia já admitiu que, "no momento da compra, os pais não tomam decisões totalmente independentes, mas são influenciados pelos desejos de seus filhos", razão pela qual as empresas gastam milhões de dólares em publicidade que tem como alvo direto exclusivamente crianças<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Committee on Children's Television, Inc. et al., v. General Foods Corporation et al., L.A. N° 31603, Supreme Court of California 35 Cal. 3d 197; 673 P.2d 660; 1983 Cal. LEXIS 266; 197 Cal. Rptr. 783 December 22, 1983. Disponível em: <http://banzhaf.net/docs/cereal.html>. Acesso em: 01/04/2009.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Como se não bastasse, a publicidade do produto "Cheetos com Surpresa" ainda estimula o consumo excessivo de alimentos não-saudáveis.

Como dito anteriormente, para obter a coleção com os 10 chaveiros da "Hello Kitty" ou com os 7 chaveiros do "Homem-Aranha", seria necessário adquirir, no mínimo, 10 ou 7 salgadinhos, conforme o caso, produtos esses que são de baixo teor de nutrientes e ricos em gordura saturada e sódio.

Dai porque esta compra pode acarretar em um consumo exagerado de calorias pela criança ou mesmo por sua família, contribuindo, ao final, para o excesso de peso e os problemas dele decorrentes, como ortopédicos, reumatológicos e psicológicos (ansiedade, distúrbios alimentares, depressão e isolamento social). Se a obesidade ocorrer na infância, pode ainda provocar, na fase adulta, problemas cardíacos, hipertensão e diabetes<sup>17</sup>.

Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network*, dentre várias outras constatações, concluiu que "o mais fácil de pedir e conseguir" é justamente o produto alimentício. De fato, 56% disseram que comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem "conseguidos" pelas crianças quando pedem aos adultos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1451>>. Acesso em: 11/06/2008.

<sup>18</sup> Pesquisa "Cartoon Network Kids Experts"; fonte: Pesquisa CN.com.br; ano: 2007.

3



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Outra pesquisa realizada pelo canal de televisão também especializado em programação infantil *Nickelodeon* apresenta semelhante resultado, colocando os alimentos infantis, balas e doces, alimentos em geral e *fast foods* como alguns dos produtos a respeito dos quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo, inclusive, as suas marcas<sup>19</sup>.

Comprovou-se, ainda, na pesquisa realizada pelo *Nickelodeon*, que os anunciantes fazem campanhas lúdicas e divertidas, exatamente como a publicidade em questão, com o objetivo de “prender a atenção delas”.

Sendo que, como alerta a referida pesquisa, “um bom personagem comunica mais que mil palavras”, como no caso da “Hello Kitty” e do “Homem-Aranha”. E, por fim, essa pesquisa chega à conclusão que a “criança é uma esponja”, por absorver tudo o que vê e ouve por meio da publicidade<sup>20</sup>.

Essa é a razão para o “bombardeio” de publicidades de produtos alimentícios dirigidas às crianças, com conteúdo muitas vezes bastante apelativo, que as induzem a querer comer independentemente da qualidade do alimento.

<sup>19</sup> Pesquisa “10 segredos para falar com as crianças (que você se esqueceu porque cresceu!)”; fonte: *Nickelodeon Business Solution Research*; ano: 2007.

<sup>20</sup> *Idem*.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Importante destacar que a autora pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda de seus produtos (ou para escoar a produção dos produtos relacionados para a promoção).

O que ela não pode é se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança como meio para conseguir o seu objetivo.

O aumento dos lucros não é - ou não deveria ser - um fim único, ele está vinculado a outro maior, que é o interesse da coletividade em receber informação adequada acerca dos diferentes produtos e serviços colocados no mercado de forma a exercer livre e conscientemente sua opção de consumo.

É o que afirma Michele Araújo de Menezes<sup>21</sup>:

A função social da publicidade, de caráter informativo, de promoção de idéias, produtos e serviços (de maneira saudável e ética) e de entretenimento, começa a ser questionada a partir do momento em que os fins (aumentar as vendas de produtos e serviços dos clientes) não justificam os meios. (...) Caracteriza-se aqui a função social da propaganda, que visa a informar a população, incluir minorias, acabar com preconceitos, respeitar culturas, trabalhar a publicidade com ética, tudo isso sem deixar de focar a função comercial de vender produtos e serviços.

<sup>21</sup> "A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda", Monografia de Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 36-40. Disponível em: <<http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>>. Acesso em: 01/06/2008.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

408

O próprio setor empresarial tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à criança. As empresas de bebida Coca-Cola e Pepsi, por exemplo, comprometeram-se a eliminar, até o final de 2008, o *marketing* de refrigerantes voltado para crianças.

Outras empresas do mesmo setor também deverão endossar o novo código de *marketing* a ser divulgado pela associação setorial *International Council of Beverage Associations (ICBA)*<sup>22</sup>.

Lembramos que esse tema tem sido discutido não só no Brasil, mas em outros países do mundo. A título de exemplo, citamos a Suécia, a Alemanha, a Finlândia, a Dinamarca, a Grécia, o Reino Unido e o Canadá<sup>23</sup>.

- Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos.
- Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta.
- Na Finlândia, é proibido usar desenhos ou crianças conhecidos.
- Na Dinamarca, o uso de personagens de televisão é proibido para publicidades dirigidas a crianças.

<sup>22</sup> Conforme notícia publicada no jornal Valor Econômico, Tendências & Consumo, de 20/05/2008, sob o título "Coca e Pepsi deixarão de anunciar para crianças".

<sup>23</sup> Conforme notícia publicada no jornal Folha de S. Paulo, Vitrine, de 15/03/2008, sob o título "Como é em outros países".

ms



209

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**


- Na Grécia, é proibida a publicidade de brinquedos entre 7h e 22h e não há publicidades de brinquedos de guerra.
- No Reino Unido, personalidades de programas infantis não aparecem em publicidade antes das 21h e produtos baseados em programas de televisão não são mostrados antes ou depois do programa em questão.
- No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos. São proibidos apelos para fazer a criança comprar por meio de proposta direta.

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*, organização que reúne 220 entidades de defesa do consumidor em 115 países, incluído o Brasil.

A campanha, intitulada *Junk Food Generation* (Geração da Comida Não-Saudável), tem como base a análise de peças publicitárias e alimentos para crianças. Os critérios para a seleção foram os mesmos em todos os países: alimentos com altos níveis de açúcar, gorduras ou sal (segundo parâmetros da *Food Standards Agency* do Reino Unido); produzidos ou distribuídos por alguma das multinacionais **Pepsico**, Nestlé, Coca-Cola, Mars, Kellogg's, Yum, McDonald's e Burger King; e que utilizam estratégias de comunicação dirigidas às crianças.

23

110

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

A campanha pretende, em nível mundial, acabar com o *marketing* da chamada *junk food*.<sup>24</sup>

Aduz, ainda, a autora que o consumo excessivo de salgadinhos não está capitulado como infração, numa clara demonstração de cinismo.

É óbvio que o consumo excessivo de qualquer alimento não é infração. O que também é óbvio é que não foi por isso que houve autuação. Esta decorreu da abusividade da publicidade.

No tocante à alegação de que a publicidade dirigida às crianças seria disciplinada de forma específica pelas normas previstas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, cabe tecer algumas considerações.

O Código de Defesa do Consumidor adotou o controle misto da publicidade, que surge da composição do controle estatal, exercido pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, e do controle privado, realizado pelo Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, órgão colegiado criado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação e que aplica as regras do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Conforme notícia publicada no jornal Folha de S. Paulo, Vitrine, de 15/03/2008, sob o título "Alvo Fácil".

<sup>25</sup> Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 301-303.

CP



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

Este documento, elaborado com base em princípios éticos e morais e em consonância com a Constituição Federal e as legislações federais pertinentes, funda-se no comprometimento daqueles que, por vontade própria, aderiram a seus preceitos. Daí poder-se dizer que o CONAR não é um órgão imparcial. Suas recomendações, embora devessem refletir as determinações do referido Código, estão influenciadas pela ótica do mercado publicitário.

A suposta aprovação do Conar à publicidade veiculada, não é suficiente para demonstrar sua não abusividade, vez que o órgão prima pela falta de lógica.

Basta verificar, e isso é fato notório, sua atuação na publicidade de cervejas. Durante anos, todos os produtores de cerveja usaram e abusaram da imagem da mulher para promover suas marcas.

E, frise-se, usaram e abusaram de mulheres seminuas, com apelo explícito à sensualidade.

Eis que, de repente, sem qualquer lógica, retira do mercado publicidade de cerveja onde uma mulher, inteiramente vestida, oferecia, de maneira sensual, uma cerveja. E o fez sob alegação de que a propaganda fere o direitos da mesmas mulheres, cuja imagem e sensualidade foi explorada à exaustão, durante anos e anos.

203





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

É o que se evidencia em grande parte dos julgamentos, em que os dispositivos do Código são interpretados de acordo com a ética do mercado, que não necessariamente leva em consideração os direitos dos consumidores.

De se mencionar, por fim, que o fato de existirem outras campanhas publicitárias semelhantes à da autora sendo veiculadas atualmente na mídia não impede que este Órgão exerça as atribuições que lhe foram conferidas por Lei, quais sejam, de fiscalizar o mercado de consumo e, constatada a prática de condutas contrárias ao Código de Defesa do Consumidor, de aplicar sanções administrativas aos seus infratores, como no caso presente e de outras empresas por ele citadas em sua defesa. É por isso que, uma vez caracterizada a violação ao artigo 37, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90, é de rigor a subsistência do Auto de Infração e a aplicação da pena de multa.

Já no que respeita à mencionada Ação Civil Pública movida pelo MP de São Paulo e que foi julgada improcedente, o que, no entender da autora, afastaria a possibilidade de autuação pela ré, equivocou-se.

O objeto da ação movida não era a publicidade enganosa, mas a venda casada de salgadinhos e brinquedos. Para poder adquirir os brindes, necessário adquirir os salgadinhos, conforme se observa pelo pedido contido a fls. 72.

*[Handwritten signature]*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Em nenhum momento houve pedido para que a propaganda fosse considerada abusiva, mas apenas para a autora disponibilizasse a venda avulsa dos brindes.

Além do mais, as esferas civil e administrativa não se confundem, nos termos do que dispõe o artigo 56, do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a conclusão a que chegou a autora não é correta, persistindo íntegra a possibilidade de fiscalização por parte do órgão de defesa do consumidor.

#### B) DA MULTA

No tocante à multa aplicada, nada tem ela de desproporcional, abusiva ou confiscatória.

De início cabe ressaltar que, ainda que se considere que a Ação Civil Pública foi julgada improcedente, o que se faz apenas a título de argumentação, a possibilidade de fiscalização e a imposição de multa pela agravante não se traduz em *bis in idem*, face ao disposto no artigo 56, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a independência das sanções de natureza penais ou civil.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

414

A aplicação de sanções no âmbito administrativo decorre do poder de polícia atribuído aos órgãos da Administração. Trata-se de ato administrativo de cunho punitivo que deriva do império do Poder Público sobre o interesse do particular, observado o princípio da legalidade prescrito no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, por força do artigo 3º, inciso XI, da Lei Estadual 9.192/95, à Fundação PROCON compete o exercício do poder de polícia para fiscalizar o estrito cumprimento pelos fornecedores de produtos e serviços das normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor

O dispositivo estabelece duas importantes regras: uma de competência para a imposição de penalidades e outra de finalidade, já que a punição de condutas infrativas busca persuadir o fornecedor ao estrito cumprimento dos comandos de ordem pública prescritos no Código de Defesa do Consumidor por ele não obedecidos.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, tais penalidades e seus limites qualitativos devem ser fixados por Lei. Esta tarefa é cumprida pelo Código de Defesa do Consumidor ao descrever, no artigo 56, as penalidades aplicáveis. E, no artigo 57, cuida de estabelecer os critérios de fixação da pena de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor) bem como seu valor mínimo e máximo: de 200 a 3.000.000 de UFIR's.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Estes são, portanto, os parâmetros legais a serem observados pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo.

O estabelecimento de limites mínimo e máximo para a quantificação da multa administrativa do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, visou atribuir à Administração Pública discricionabilidade para arbitrá-la de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto a ela submetidos, com base na análise individualizada da gravidade da infração, vantagem auferida e porte econômico do ofensor.

Justamente com o escopo de dar concreção aos conceitos abertos contidos no artigo 57, da Lei 8.078/90 e, sobretudo, dar transparência ao procedimento de apuração da conduta infrativa e quantificação da multa, a Fundação PROCON editou a Portaria nº 26/06, que entrou em vigência no decorrer do processo administrativo movido em face da autora, que tornou público todos os critérios por ela utilizados para definir e quantificar do que vem a ser infração grave, vantagem auferida e poderio econômico do infrator.

A regulação por Portaria, que tem lastro na competência concorrente do Estado para regulamentar relações de consumo contemplada pelo artigo 55 da Lei 8.078/90, não criou direitos nem obrigações.



416

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

Cuidou de estabelecer critérios claros para a correta individualização da pena imposta ao fornecedor que descumpra a legislação consumerista, havendo ali expressa menção acerca das formas de apuração da vantagem econômica, gravidade da infração e porte econômico do infrator.

Não há, portanto, violação ao princípio da legalidade. Tal argumento decorre da confusão que costumeiramente se faz entre os conceitos de norma jurídica e lei. Esta constitui uma das fontes das normas jurídicas que, embora seja a principal, não é a única.

Zelmo Denari<sup>26</sup>, ao analisar a questão, assevera que ao lado das normas jurídicas emanadas pelo Poder Legislativo, existem as normas não legislativas, provenientes de atos administrativos menos solenes como os decretos, circulares e portarias. Por conterem normas jurídicas, assim como as leis, obrigam seus destinatários na medida das condutas que prescrevem.

Nesse passo, permite-se a edição de atos regulamentares, dentre eles as portarias, para disciplinar a aplicação de uma lei. De fato, não se trata de lei, mas de ato normativo que, dentro dos limites da lei a ser regulamentada, pode estabelecer quais são os critérios eleitos pela administração pública para a fixação de uma penalidade pecuniária.

412

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

E este é o caso da Portaria 26/06 que embasa a penalidade aplicada à autora.

Trata-se de instrumento normativo que, dentro dos limites qualitativos e quantitativos impostos pelos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei 8.078/90, conferiu transparência ao processo de fixação da multa sem oportunizar qualquer inovação, limitando-se a estabelecer e publicizar, de forma precisa, os critérios de sua quantificação, sempre com o objetivo de proceder à adequada individualização da pena nos termos do que determina o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

A legalidade das portarias normativas editadas pela Fundação PROCON tem sido reiteradamente reconhecida não só pelos dignos magistrados das Varas da Fazenda Pública como também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*MULTA ADMINISTRATIVA. Fixação pelo PROCON, por irregularidades na venda de produtos em supermercado. Inconformismo com a redução do valor da multa pela r. sentença. Admissibilidade. Sendo várias as irregularidades encontradas, e não apenas uma não se justifica a redução da penalidade, que foi fixada conforme os critérios legais. Recurso provido, para manter o valor da multa na forma fixada originalmente. TJSP, Apelação cível 604.226.5/3-0, 2ª Câmara de Direito Público Relator Aloísio de Toledo César, julgamento 13/02/07)*

*CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Ação anulatória de auto de infração e multa. Artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor. Multa fixada nos termos do art. 57. Inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da irretroatividade. Ação julgada improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Apelação cível 358.256.5-2/00, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Toledo Silva, julgamento 11/10/06).*

*unp*



418

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

*PROCON. Multa imposta ao Pão de Açúcar por violar o art. 31 do CDC, ao cobrar preço maior que o anunciado nas prateleiras e etiquetas e bem assim por anunciar venda de produtos em promoção por preço superior ao informado. Atos administrativos que gozam da presunção de legitimidade. Infrator que teria, então, de comprovar a não ocorrência das infrações. Inversão do ônus da prova. Portaria que definiu os critérios de dosagem do valor da multa que não padece de qualquer nulidade. Multa arbitrada dentro dos parâmetros indicados no art. 57 do CDC. Ação declaratória de nulidade improcedente. Recurso desprovido. (TJSP, Apelação cível 424. 652.5/5-00, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Urbano Ruiz, julgamento 22/11/05)*

A alegação de que o cálculo foi elaborado de forma incorreta não se sustenta.

Os critérios para cálculo da multa são técnicos e objetivos e, como explanado acima, foram todos observados, nada havendo a macular sua correção.

Os documentos acostados aos autos para demonstração de seu faturamento bruto não podiam ser acolhidos vez que não previstos na Portaria 26/06, conforme decisão de fls. 284.

A norma é específica.

A declaração de renda é aceita, porém, deve abranger o faturamento do grupo econômico, quando a infração é praticada no âmbito da empresa como um todo, conforme disposição contida no § 3º, do artigo 17, da Portaria 26/06.

219

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

O entendimento não pode prevalecer, já que insiste ela na aceitação do faturamento exclusivamente do produto comercializado.

Corretíssimos, portanto, a classificação das infrações e cálculo da multa e sem razão quando afirma que não foram obedecidos os critérios para sua apenação, traduzindo a alegação mera irresignação com a sanção imposta.

E, irresignação não é argumento, nem fático, nem jurídico.

### **III - DA TUTELA ANTECIPADA**

Em relação a esse item, ante o dano de difícil reparação e o risco iminente da execução da dívida administrativa, importante consignar que a possível cobrança da penalidade pecuniária em nada prejudicará a autora, uma vez que ela poderá defender-se em eventuais embargos à execução.

É cediço que litigar em Juízo não constitui constrangimento algum, sendo direito da ré encaminhar a multa administrativa para inscrição na dívida ativa, com posterior ajuizamento de execução, nos termos da Lei nº 6.830/80.

m3





420

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

As implicações que essa demanda podem causar à autora são consecutórios ordinários para os que descumprem com o mandamento constitucional e consumerista. Nada de anormal, portanto.

No caso em espécie, a tutela antecipada concedida na ação anulatória merece ser cassada, ante a ausência de seus requisitos objetivos e imprescindíveis. Patente que a intenção é questionar a validade do ato administrativo objetivando o cancelamento da multa imposta, para o fim de esta não ser inscrita na dívida ativa.

Todavia, o argumento não garante a verossimilhança necessária à antecipação da tutela concedida, muito menos a preocupação de risco de dano irreparável ou de difícil reparação que a autora poderá vir a sofrer, já que ela é uma das maiores empresas do país.

Em questões envolvendo o mesmo pedido, vale colacionar alguns julgados dessa Corte, que seguem a linha mestra adotada na tese defendida pela agravante:

*Agravante: Companhia Brasileira de Distribuição*

*Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon*

*Agravo de Instrumento. Ação anulatória de auto de infração e multa. Pedido de antecipação para cancelar a inscrição da multa na dívida ativa estadual. INADMISSIBILIDADE. Ausência do periculum in mora. Agravo desprovido (Agr. Instr. nº 309.641-5/6-00, voto nº 16.163, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oliveira Santos, negaram provimento ao recurso, v.u., j. 09.06.2003);*

*Agravante: Lysa Tatuapé Comércio de Roupas Ltda.*



421

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

*Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon*  
*Tutela antecipada - Ação declaratória de nulidade de ato de infração - ausência dos requisitos para a concessão da medida - Indeferimento - Agravo improvido - Decisão mantida (Agr. Instr. n° 279.633-5/8-00, voto n° 11.001, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carlos de Carvalho, negaram provimento ao recurso, v.u., j. 27.05.2003);*

*Agravante: Companhia Brasileira de Distribuição*  
*Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon*  
*Ação anulatória - Multa aplicada pelo Procon - Tutela antecipada indeferida pelo julgador - Decisão que merece ser mantida face à ausência dos requisitos legais para essa pretensão - recurso improvido (Agr. Instr. n° 309.640-5/1-00, voto n° 15.444, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Corrêa Vianna, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz, j. 01.04.2003);*

*Agravante: Companhia Brasileira de Distribuição*  
*Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon*  
*A concessão de tutela antecipada está sujeita a requisitos comuns como prova inequívoca, verossimilhança da alegação e reversibilidade, bem como à comprovação do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora do provimento definitivo ... Diante do exposto, e ao exame compatível com o presente momento processual, não estão presentes os elementos necessários para o deferimento da tutela antecipada, como, aliás, concluiu o Douto Juízo (Agr. Instr. n° 308.179-5/0, voto n° 8.573, 3ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. Laerte Sampaio, negado provimento, m.v., j. 21.01.2003);*

*Agravante: Companhia Brasileira de Distribuição*  
*Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon*  
*PROCON. Autuação por infração e multa aplicada. Código de Defesa do Consumidor. Circunstâncias que dependem de verificação dilargada impedem reconhecer verossimilhança. Presunção de legitimidade do ato administrativo. Proporcionalidade da sanção imposta. Observância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da multa. Recurso desprovido (Agr. Instr. n° 305.949-5/2, 8ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. Caetano Lagrasta, negado provimento, v.u., j. 18.12.02).*

*Agravante: Eldorado S/A. Comércio Indústria e Importação*  
*Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon*  
*Ação anulatória de multas resultantes de autuações por violação ao Código de Defesa do Consumidor. Pedido de antecipação de tutela indeferido. 1. Incabível suspender a inserção da dívida*



427

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

*consubstanciada em multas, após o improvinimento do recurso administrativo da autuada, sob o fundamento de descaracterização do ato infracional, ou de aplicação indevida da Portaria Normativa 6 do Procon. 2. A antecipação de tutela pressupõe situação de verossimilhança entre o pedido provisório e a decisão de mérito favorável à parte requerente. 3. Agravo de instrumento desprovido (Agr. Instr. nº 284.392.5/9, voto nº 5.283, 1ª Câm. de Direito Público, Rel. Des. Demóstenes Braga, negado provimento, v.u., j. 30.09.2002).*

**IV - NECESSIDADE DE DEPÓSITO INTEGRAL E EM DINHEIRO DO VALOR DA MULTA PARA SUSPENSÃO DA SUA EXIGIBILIDADE. ART. 151, INCISO II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E SÚMULA 112 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

Além do que já delineado anteriormente, não há como sustentar a existência de *periculum in mora*, uma vez que, trata-se de prerrogativa expressamente prevista no artigo 585, §1º, do Código de Processo Civil, o direito da ré encaminhar a multa administrativa para a inscrição na dívida ativa e posterior ajuizamento de execução (Lei nº 6.830/80).

Por isso, tem-se entendido que somente mediante o depósito prévio, integral e em dinheiro estaria autorizada a suspensão da exigibilidade dos créditos devidos à Fazenda Pública, vertente que, há muito, é objeto de reiterado reconhecimento da jurisprudência e foi consagrada pela Súmula 112, do E. Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

*"O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".*



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

Estado de São Paulo:

Também, nesse sentido, o Tribunal de Justiça do

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela Antecipada. Indeferimento. Multa aplicada pelo PROCON. O não pagamento da multa no prazo gera a inscrição na dívida. E, para paralisar os efeitos da inscrição da dívida, em caráter provisório e liminarmente, com o ajuizamento de ação anulatória, é indispensável que realize o depósito preparatório do valor do débito (art. 38 da Lei 6.830/80) - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 407.361-5/2 - Campinas - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: José Santana - 08.06.05 - V.U.).*

*MULTA ADMINISTRATIVA IMPOSTA PELO PROCON. EXIBILIDADE QUE APENAS PODE SER SUSPensa COM O DEPÓSITO DO SEU VALOR INTEGRAL. O credor não pode ser impedido de judicialmente cobrar seu valor ou, de executar seu crédito (CPC, parágrafo 1º do art. 585, art. 38 da Lei 6830/80 e art. 151, II, do CTN e súmula 112 do STJ). Recurso provido. (TJSP, Agravo de instrumento nº 365.800-5/2-00, relator Urbano Ruiz, data do julgamento: 27/01/05).*

*AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA. INDEFERIMENTO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. Ausência de fumaça do bom direito e periculum in mora, requisitos legais indispensáveis à outorga da referida medida excepcional pleiteada. Pretensão viável se garantido o juízo por depósito do montante integral do crédito, corrigido monetariamente e acrescido de juros, multa de mora e demais encargos, hipóteses inocorrente à espécie. Inteligência do CTN, art. 151, II e LEF, art. 38, caput, e do CPC, art. 585, parágrafo 1º. Rejeição confirmada. Recurso desprovido. (TJSP, Agravo de instrumento nº 263.436.5/7, relator Xavier de Aquino, data do julgamento: 08/08/02).*

*"Exaurida a instância administrativa com o improvido do recurso da empresa autuada, a inscrição das sanções para fins de cobrança executiva representa ato de rotina, que não pode ser obstado sob a alegação de dano irreparável à agravante, que deixou de utilizar da faculdade legal prevista no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional". (TJSP, Agravo de Instrumento nº 284.392.5/9, relator Demóstenes Braga, data do julgamento: 10/09/02).*

*TUTELA ANTECIPADA. Irresignação contra decisão que a concedeu para suspender a exigibilidade de multa imposta pelo PROCON/SP e vedar a sua inscrição na dívida ativa. Com efeito, a matéria é complexa, não se entrevendo a presença dos requisitos do artigo 273, inciso I, Código de Processo Civil para sugerir a tutela antecipada. Prevalece a presunção juris tantum de legalidade do ato da*



424

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
**à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

*agravante Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP - Por outro lado, o valor da multa pode ser objeto de depósito em juízo, não havendo, pois, dano irreparável - Ademais, é altamente controversa a possibilidade de antecipar a tutela contra a Fazenda Pública - Acresce ainda que o tema poderá ser debatido em sede de embargos à execução, caso seja ajuizada a ação executiva - Precedente jurisprudencial - Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 369.992-5/6 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Geraldo Lucena - 16.06.04 - V.U.).*

*ACÇÃO ANULATÓRIA. Débito fiscal. Pedido de antecipação de tutela, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito constituído em Auto de Infração e Imposição de Multa, sem a necessidade de depósito, nos termos do artigo 1512, V, do Código Tributário Nacional - Indeferimento - Decisão mantida - Ausência dos requisitos que justificam a medida preconizada - Contribuinte que tem à sua disposição a faculdade de depósito do crédito tributário, que, na forma do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, suspende a exigibilidade do crédito tributário - Auto de infração que tem mais de cinco anos, e foi confirmado por decisão unânime do Tribunal de Imposto e Taxas, negado o pedido de revisão - A ação anulatória não inibe a execução fiscal do crédito tributário (artigo 585, § 1º, do Código de Processo Civil) - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 347.530-5/8-00 - São Paulo - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Milton Gordo - 10.11.03 - V.U.).*

Com efeito.

Considerando a exigência constante no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional e artigo 38, da Lei nº 6.830/80, aliada à impossibilidade de substituição do depósito integral por qualquer outra garantia<sup>27</sup>, conclui-se que se a agravada pretende suspender a exigibilidade da multa que lhe foi imposta, **deverá então proceder ao depósito integral, atualizado e em dinheiro do seu equivalente.**

<sup>27</sup>

Nesse sentido: "EXECUÇÃO - Dívida fiscal - Exigibilidade - Suspensão - Fiança bancária - Autorização - Inadmissibilidade - Necessidade de depósito integral do crédito tributário - Artigo 151 do Código Tributário Nacional - Enumeração taxativa - Recurso não provido. Nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito tributário só poderia ser suspensa nas hipóteses ali previstas, entre as quais não se inclui a mera fiança bancária. Esta vem prevista no artigo 9º da Lei nº 6.830/80, mas para situação totalmente diversa, ou seja, em garantia de execução já ajuizada e para que o devedor possa discuti-la em juízo." (Relator: Corrêa Vianna - Agravo de Instrumento nº 205.455-2 - São Paulo - 27.10.92). Vide também REsp 587.297/RJ, Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 05.12.2006, p. 250, e REsp 575.002/SC; Ministro Teori Albino Zawasky, DJ 26.09.2005.



425  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
ASSESSORIA JURÍDICA  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON  
V - DO PEDIDO DE REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E  
REDUÇÃO DA MULTA APLICADA

Por outro lado, eventual revisão do ato administrativo e/ou redução ou não aplicação da multa contrariará não só os artigos 56, inciso I, e 57, *caput* seu parágrafo único, da lei 8.078/90 como também extrapolará o limite imposto pelo artigo 2º, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da separação dos poderes, em razão de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo que levou à aplicação da penalidade à autora e sua quantificação.

Da mesma forma, eventual determinação de recálculo da multa, além de afrontar o princípio da separação dos poderes, mostrar-se-á medida inócua.

Como a Fundação PROCON deve estrita obediência aos comandos contidos no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor e às Portarias que edita, os critérios que serão utilizados no recálculo determinado serão exatamente os mesmos que redundaram no valor originalmente imposto à autora.

Ou seja, efetivado o recálculo, o *quantum* da multa continuará o mesmo.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**ASSESSORIA JURÍDICA**  
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

**VI - DO PEDIDO**

Diante de todo o exposto a Fundação-ré requer seja o pedido formulado na inicial julgado improcedente, carreado à autora os encargos da sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidas, especialmente documental.

Requer sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores do Estado **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**, OAB/SP 106.081; **PAULA CRISTINA R. B. ENGLER PINTO**, OAB/SP 127.158 e **VALTER FARID ANTONIO JUNIOR**, OAB/SP 146.249.

São Paulo, quinta-feira, 12 de maio de 2011.

**MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**

Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081