

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

DISTRIBUIÇÃO COM URGÊNCIA

PEPSICO DO BRASIL LTDA., sociedade empresária limitada, com seus atos constitutivos regularmente arquivados na Junta Comercial de São Paulo sob o NIRE 35208960106, inscrita no CNPJ sob o nº 31.565.104/0001-77¹, com sede nesta Capital do Estado de São Paulo, à rua Verbo Divino, nº 1.661, 8º andar, por seus advogados conforme instrumento de mandato que ora se junta², vem respeitosamente com fulcro no artigo 3º, 273, 282 e seguintes do Código de Processo Civil, propor a presente

**AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO
COM PEDIDO LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO
DOS EFEITOS DA TUTELA**

contra a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROCON/SP**, pessoa de direito público, representada por seu Diretor Executivo, nos termos do art. 14, inciso I, da Lei Estadual nº 9.192, de 23 de novembro de 1.995, entidade vinculada à Secretaria Estadual da Justiça e Defesa da Cidadania, com endereço nesta Capital, à rua Barra Funda, nº 930, CEP 01152-000, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

¹ - docs. 1 a 3

² - doc. 4

I- URGÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ORA PLEITEADA:

1. Primeiramente, é de se ressaltar a urgência na prestação jurisdicional ora pleiteada, vez que se não suspensa a exigibilidade da multa aplicada pela ré cujo pagamento deve ser feito até 3.4.2011 (voto. do boleto bancário emitido pelo PROCON-SP), a autora ficará sujeita ao pagamento da absurda multa no valor de R\$ 290.218,66 já reduzida de 5% do valor nos termos da Portaria Normativa Procon 26/06, ou então, terá a dívida inscrita e seu nome lançado no Cadastro Nacional do PROCON, perdendo sua primariedade e ainda sofrendo o abalo de seu crédito.

2. Frise-se desde logo, por oportuno, que a divulgação da promoção "Cheetos com Surpresa" objeto da referida autuação já teve sua legalidade aferida pelo MM. Juízo Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ratificada pela E. 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³ que, em sede de apelação interposta nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, rejeitou o pedido cominatório formulado, afastando a alegação de publicidade enganosa e venda casada. Vale transcrever trecho do voto da lavra do e. DES. RELATOR SOUSA LIMA, *in verbis*:

"...Considerando estes exemplos, verifica-se que o fornecimento dos minúsculos chaveirinhos exigidos a fls.568, dentro das embalagens dos salgadinhos vendidos pela ré, longe está de configurar a venda casada proibida pelo ordenamento jurídico. Esses chaveirinhos, aliás, sem nenhum valor comercial, receberam, na decisão judicial notificada a fls.776, a justa definição de 'absolutamente ridículos', 'algo de valor irrisório', 'bagatela'. Constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não

³ - doc.5

33 arquivos
33
Brasil Ltda
N (OAB: 207983/SP)
Proteção e Defesa do
Procon/sp
cipação de Tutela
011 16:23:19

7
Faz. Publ.

ao público infantil. Tome-se, por exemplo, as figurinhas de jogadores de futebol, que antigamente eram comercializadas juntamente com balas de caramelo, isso sem contar, mais recentemente, com a propaganda feita por outras empresas de renome, como a Nestlé, a Sadia, a Bauducco (fls.660/680). Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos salgadinhos, mas essa prática não configura venda casada nem é proibida por não constituir publicidade enganosa ou abusiva, segundo a definição do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar, não se trata de propaganda falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro, pois ele sabe que está adquirindo um produto bem conhecido no mercado e com características próprias e indicadas na embalagem. Depois, não tem ela natureza discriminatória, não incita a violência, não explora o medo ou a superstição e não desrespeita valores ambientais. O que ocorre com o produto da ré também ocorre com a quase totalidade dos produtos alimentícios industrializados, que são ricos em substâncias que, ingeridas sem controle, são nocivas à saúde, como, por exemplo, as gorduras saturadas, a gordura trans, o sódio e as essências e colorantes artificiais. É o que acontece, por exemplo, com as sopas preparadas, com as carnes enlatadas, com os embutidos, com os biscoitos crocantes e com os salgadinhos de todo tipo. Providências têm sido tomadas pelas autoridades sanitárias..., mas em relação às crianças, nada substitui a orientação e a autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil. Assim, condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento, sem contar que isso não foi objeto de pedido expresso... A improcedência da ação, portanto é de rigor. 1º de dezembro de 2010..." (destaques da autora)

- Anulatória de pedido
- Promoção: "Check-out" de Prato Rápido do

3. Conquanto já rechaçado pelo Poder Judiciário, a ré teve a autuação julgando subsistente o Auto de Infração no. 03222-Série D6, a aplicação da penalidade ora atacada, notificando a autora para pagamento multa sob pena de inscrição em dívida ativa.

II - OS FATOS :

4. A autora é uma empresa do grupo Pepsico, uma das maiores empresas multinacionais do setor de bebidas e alimentos, e há mais de 30 anos comercializa os salgadinhos que levam a sua marca "Elma Chips", líder absoluta nesta categoria, com o mais variado portfólio do mercado de snacks salgados.

5. Como tal, no período de dezembro de 2006 a julho de 2007, a autora lançou a promoção "Cheetos com Surpresa", na forma de divulgação do salgadinho "Cheetos que oferecia brindes, como chaveiros, adesivos, pingentes para celulares, colecionáveis com os personagens *Homem-Aranha, Hello Kitty e Funki-Punky*.

6. Em 1.4.2008, a autora foi autuada pela ré por suposta publicidade abusiva dirigida ao público infantil, imputando-lhe infringência ao disposto no parágrafo 2º, do artigo 37 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com aplicação de uma multa de R\$ 458.240,00 conforme se verifica do **Auto de Infração no. 03222 - Série D6, de 01.04.2008 que apresenta anexo**

7. Em 24.04.2008, nos autos do Procedimento Administrativo autuado sob o no. 586/2008 instaurado pela ré, a autora apresentou sua defesa demonstrando a inconsistência da autuação e da penalidade aleatória e excessivamente arbitrada, considerando uma Receita Média Mensal Bruta Estimada em R\$ 150.000.000,00.

8. Apresentada a defesa, em 04.08.2009, sobreveio a manifestação técnica mantendo e julgando subsistente a autuação, fixando a

- Autuação de ré
- Promoção: Cheetos e
de Direito Público do

9. Em 19.08.2009 a autora apresentou seu recurso contra a referida decisão, e que acabou improvido pela ré, com a integral manutenção da decisão e aplicação de penalidade, com fulcro nos artigos 56, I e 57 da Lei 8.078/90 e nas Portarias Normativas do próprio PROCON-SP.

10. Em 11.3.2011 a autora foi notificada do resultado do julgamento de seu recurso, **e nela fixada a multa no valor de R\$ 290.218,66, já reduzida de 5% do valor, conforme intimação cuja cópia ora se junta.**

11. É de se ressaltar que durante todo o período da promoção "*Cheetos com Surpresa*" a autora tomou todas as providências necessárias para impedir qualquer lesão ao consumidor, principalmente o público infantil, estabelecendo prazo certo de duração da promoção, e seguindo as normas do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, Regulamentação Específica da Publicidade para Crianças, editadas pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - CONAR, os princípios gerais das entidades internacionais e legislação brasileira, inclusive, o Código de Defesa do Consumidor.

12. Não há relato algum de que a promoção "*Cheetos com Surpresa*" tenha causado o consumo excessivo de salgadinhos pelas crianças por conta do incauto consumidor querer completar, ansiosamente, a coleção de dez chaveiros do *Homen-Aranha* ou *Hello Kitty*, também não há informação alguma da ocorrência de problemas de saúde. Ou seja, a autuação baseia-se numa situação hipotética.

13. Nunca é demais ressaltar que o consumidor brasileiro típico não consome salgadinhos em excesso ou como o substituto alimentar das

- Anulação e/ou pedido de
- Promoção: Cheetos e/ou
do Direito Público do

refeições; a suposta escolha de completar a coleção em tempo recorde não é comportamento habitual ou assíduo; as crianças não são autônomas e dependem de subsídios econômicos fornecidos por seus pais para adquirir o bem de consumo; o "Cheetos com Surpresa" não foi um sucesso estrondoso de vendas em razão dos brindes ali ofertados, que não agregaram valor ou mesmo tornaram mais cobiçado o produto.

14. A campanha publicitária não fugiu em nada ao modelo explorado pela Pepsico - divisão Elma Chips e por uma série de outras empresas do mercado, há muitos anos. A prática aqui discutida - venda do produto com a oferta de brinde - está presente em todo o mercado, como por exemplo, o "Kinder Ovo", dentre outros tantos exemplos de marcas famosas.

15. Mesmo assim o PROCON/SP, ao final do processo administrativo, ignorou os argumentos lançados pela autora e manteve a penalidade, apenas considerando as circunstâncias atenuantes de primariedade para reduzir a multa inicialmente fixada em R\$ 458.240,00 para R\$ 305.493,33, intimando a autora a pagar a multa no valor de R\$ 290.218,66 com a redução de 5% até, hoje, 4.4.2011 (primeiro dia útil apos o vencimento, 3.4.2011).

III - O DIREITO:

AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (art. 37, CDC) - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO - MULTA EXCESSIVAMENTE ARBITRADA - MITIGAÇÃO:

16. Como já se disse, a autuação foi lavrada apontando ter a autora infringido o disposto no § 2º, do art. 37 do CDC, e que por isso estaria sujeita ao pagamento da multa ora atacada. Todavia, com a devida vênia, não houve infringência ao citado dispositivo legal, como se passa a demonstrar.

17. É um absurdo que a comercialização dos salgadinhos de marca "Elma Chips - Cheetos" com os brindes em embalagens multicoloridas

7
D

e com informações suficientes ao consumidor causariam verdadeira revolução no ideário infantil, de modo a "impingir-lhes o consumo do produto, o que poderia induzir o público alvo a um comportamento prejudicial à saúde, em virtude do consumo excessivo", como defende a ré, condenando a autora ao pagamento da excessiva multa.

18. Aliás, o suposto "consumo excessivo" dos salgadinhos pelas crianças sequer está capitulado como infração às leis do consumo ou propaganda abusiva, já que não se teve notícia de que tenha havido problema de saúde após a ingestão do salgadinho "Cheetos". Não restou demonstrada a corrida desmedida e ansiosa para completar a coleção de dez chaveiros num único dia. Essa escolha pouco crível de completar a coleção em tempo recorde, aliás, não seria comportamento habitual ou assíduo, mas excepcional e patológico do indivíduo, o qual, nessa situação, poderia muito bem intoxicar-se com qualquer outro alimento consumido em excesso como sucos, pães, açúcar, doces, e até mesmo água.

19. Fosse a criança vítima desse desejo compulsivo de aquisição de salgadinhos em busca, por exemplo, de chaveiros do *Homem-Aranha* ou *Hello Kitty*, a repreensão caberia, não ao fabricante, mas aos pais, a quem incumbe o papel de educar e cuidar da alimentação das crianças, além de fornecer o substrato financeiro para a aquisição dos gêneros alimentícios e demais condições necessárias à subsistência do dependente. Sem o concurso deles, que pelos arts. 932, I e 933 do Código Civil, respondem objetivamente pelos filhos, nada disso seria possível.

20. Daí porque inexistente risco demonstrado – salvo aquele comum e inerente a todos os produtos alimentícios – de problemas de saúde pelo consumo de salgadinho de milho, em razão dos chaveiros do *Homem-Aranha* e da *Hello Kitty* que foram comercializados pela autora no período de dezembro de 2006 a julho de 2007. Diante da ausência de prova de dano ao consumidor, evidentemente, resta reforçada a legalidade da promoção "Cheetos com *Suspresas*", igual a tantas outras promoções, tradicionalmente lançadas com

8
A

brindes, como o Kinder Ovo, o chocolate surpresa, o chiclete plok monster. Só por isso, o auto de infração lavrado pelo PROCON-SP torna-se insubsistente, e por conseguinte, a multa deve ser anulada.

21. Os produtos como o "*Cheetos com Supresa*" existem e são ofertados, porque isso é natural e lícito, segundo as regras atuais. E as crianças não são as vítimas de um suposto odioso processo consumista, porque elas não os adquirem de forma compulsiva, e sim moderada, de acordo com a orientação e a possibilidade dos pais. A propaganda de produto voltado ao público infantil não é, por si só, no Brasil, ilegal, arbitrária ou abusiva.

22. Como acima explicitado, as promoções para venda de produtos com brindes não constituem novidade alguma e nunca foram reputadas ilegais no Brasil. Anunciar e fazer publicidade para os destinatários de um determinado produto posto no mercado constitui direito legítimo do anunciante, sendo certo que a autora respeitou todos os artigos do Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR e legislações correlatas direcionadas a proteção das crianças.

23. A marca "Elma Chips" é a líder dentro de seu segmento de mercado, está presente em mais de 30 países, tendo o salgadinho "*Cheetos*" sido introduzido no portfólio da autora em meados de 1976, ou seja, há 36 anos. Durante este período foram feitas inúmeras campanhas publicitárias, seguindo a prática do mercado e respeitando a legislação, com o intuito de aproximar o consumidor não apenas do salgadinho "*Cheetos*" mas de toda linha de produtos comercializados pela "Elma Chips", com o lançamento de figurinhas colecionáveis, cards, adesivos, tatuagens que saiam com água, cordões, etc, tudo entregue ao consumidor na forma de brindes, através de campanhas publicitárias que assim, como aqui se discute, tinham prazo certo de duração, tudo para evitar que se atrele o produto "Elma Chips" aos brindes oferecidos pela publicidade. Essas promoções nunca foram práticas exclusivas da autora, mas do mercado em geral.

P

24. Dentro dessa linha, a autora lançou, por prazo limitado, no início de dezembro de 2006, a linha "Cheetos com Surpresa", promoção temática série *Hello Kitty e Homem-Aranha* já não mais comercializadas, cuja concepção da campanha publicitária não fugiu em nada ao modelo de outras empresas do mercado. Na compra de um produto "Cheetos com Surpresa" o consumidor fazia jus a um chaveiro diferente para colecionar, existindo, ao todo, cerca de dez modelos distintos em cada uma das modalidades de "Surpresa". Nada de ilegal.

25. Nem se diga que a abusividade da publicidade estaria no fato de que tanto a *Hello Kitty* como o *Homem-Aranha*, personagens infantis já conhecidas, levaria as crianças a adquirir o produto com o único intuito de obter os brinquedos, como constou no auto de infração.

26. A autora tem uma marca consolidada há muitos anos, seus produtos são reconhecidos pelo público consumidor sem a necessidade de atrelá-los a qualquer outra marca, sendo inverídica a acusação de que o consumidor compra o produto para ter direito a um brinde. A marca "Elma Chips" é reconhecida pelo Conselho Superior do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, como marca notória pela qualidade, reconhecimento e reputação de seus produtos em todo território nacional.

27. De outro modo, a utilização de promoção conjunta de bens de consumo com personagens presentes no cotidiano e evidência na mídia não é ilegal, pelo contrário, tal prática encontra respaldo, inclusive, no instituto da livre concorrência e da livre iniciativa, como pode se vê nos exemplos a seguir:

- a) **Promoção lançada pela marca de leite condensado da Nestlé** – *Leite Moça* no início de 2008 "Leve a Moça para sua casa!". "Na compra de 4 latas de leite condensado Nestlé, o consumidor levava para casa uma "boneca moça" e **Promoção "Detone com Crunch"** – na compra de um

cereal matinal *Crunch*, o consumidor recebe um número de série para concorrer a 15 prêmios (entre eles, videogames e celulares moderníssimos).

b) **Promocão Kellogg's** – dentro das embalagens *Kellogg's Sucrilhos* era possível encontrar 4 modelos distintos de “*Shreck voador*”, para colecionar, num total de 4 modelos.

b.1) Promocão Kellogg's “Stamps” – na compra de uma embalagem de *Sucrilhos* o consumidor levava um carimbo exclusivo para casa, podendo colecionar vários modelos e cores.

c) **Promocão “Mascote Sadia”** – na compra de produtos da *Sadia*, os consumidores ganhavam selos que, posteriormente, com o pagamento de mais R\$ 3,00, poderiam ser trocados por um dos “*Mascotes Sadia*”, vestidos de esportistas, com alusão aos Jogos Panamericanos de 2007.

d) **Promocão Bauduco “É hora de Shreck”** – juntando 5 embalagens de qualquer produto “gulosos” mais R\$ 5,00, o consumidor levava para casa um dos quatro modelos exclusivos de relógio “*Shreck*”.

28. As promoções acima, demonstram a prática legítima de publicidade e efetiva no mercado e livre concorrência, amparada por lei, construída através da exploração de temas atuais, conhecidos e da simpatia e interesse do público infantil.

29. Assim, quando uma empresa como a autora, através de sua marca “*Elma Chips*”, amplamente notória e conhecida pelo público consumidor, se junta a uma empresa fabricante de brinquedos, como a SANRIO (licenciada da *Hello Kitty* no Brasil) para fazer uma promoção por prazo limitado, a intenção é promover ambas as marcas, dentro de todos os princípios legais e éticos.

11
D

30. De outra sorte, também não há irregularidade com as embalagens dos produto *Cheetos*, pela utilização de cores excessivas e chamativas e referências aos personagens do ideário infantil. Não há vedação na lei.

31. Todas as medidas adotadas pela autora para impedir qualquer dano ao consumidor, mantendo a ética na propaganda publicitária tratada, principalmente, em relação à publicidade voltada para a criança são suficientes para anular o auto de infração e a multa em questão.

32. Ademais, inexistente publicidade abusiva, na espécie, porque, segundo CLAUDIA LIMA MARQUES, "*a publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a sociedade como um todo*"⁴, sendo certo que a venda de produtos com brindes para crianças passa longe dessa ilicitude.

33. Como, aliás, já decidiu o E. Tribunal de Justiça ao julgar a Apelação 0149641-18.2007.8.26.0002, mantendo a improcedência da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, afastando a alegação de propaganda enganosa (*vide acórdão anexo*).

34. Resta evidente que a promoção "*Cheetos com Surpresa*" não é abusiva e tampouco enganosa, devendo ser anulada a multa lavrada pelo PROCON-SP, já que fundada em argumento já rechaçado pelo Poder Judiciário.

MULTA ALEATÓRIA E EXCESSIVAMENTE ARBITRADA – CARÁTER CONFISCATÓRIO

35. Na hipótese desse MM. Juízo entender ter a autora infringido o artigo 37 do CDC, o se admite apenas para argumentar, ainda assim a multa deve ser anulada ou, ao menos mitigada, já que flagrantemente

⁴ Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed., RT, SP, 2006, p. 539)

12
A

exacerbada e desajustada dos parâmetros do CDC e dos regulamentos do próprio PROCON/SP.

36. A fixação da pena pecuniária feita pelo PROCON/SP desrespeita o Código de Consumidor, já que deixou de observar os critérios para quantificação da multa já que inexistente no caso em questão, infração cometida pela autora.

37. A receita estimada do fornecedor, utilizada como base de cálculo, está equivocada porque leva em conta a receita total obtida pela suposta infratora, e não a receita por ela obtida com o produto objeto da infração ao consumidor.

38. A receita com a venda de "Cheetos com Surpresa" foi bem menor daquele montante arbitrado pelo PROCON-SP, sendo certo que o valor da penalidade deve sofrer, por isso, redução proporcional, na medida que o faturamento mensal médio do produto também é bem inferior à média mensal da receita bruta, nos meses de comercialização dos produtos participantes da promoção "Cheetos com Surpresa", séries *Homem-Aranha* e *Hello Kitty*.

39. É cediço que os atos administrativos, e os praticados pelo PROCON/SP não fogem a regra, devem seguir parâmetros da razoabilidade e de proporcionalidade, devendo ser censurados aqueles atos que não guardam uma proporção adequada entre os meios empregados e os fins que a lei deseja alcançar. A razoabilidade encontra respaldo no consenso social do que é usual e sensato; a proporcionalidade como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam o fim. Os meios quando exorbitantes superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

40. No tocante aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a renomada administrativista **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (*in Direito Administrativo*, 13ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2000, pp. 80/81)

12
A

exacerbada e desajustada dos parâmetros do CDC e dos regulamentos do próprio PROCON/SP.

36. A fixação da pena pecuniária feita pelo PROCON/SP desrespeita o Código de Consumidor, já que deixou de observar os critérios para quantificação da multa já que inexistente no caso em questão, infração cometida pela autora.

37. A receita estimada do fornecedor, utilizada como base de cálculo, está equivocada porque leva em conta a receita total obtida pela suposta infratora, e não a receita por ela obtida com o produto objeto da infração ao consumidor.

38. A receita com a venda de "Cheetos com Surpresa" foi bem menor daquele montante arbitrado pelo PROCON-SP, sendo certo que o valor da penalidade deve sofrer, por isso, redução proporcional, na medida que o faturamento mensal médio do produto também é bem inferior à média mensal da receita bruta, nos meses de comercialização dos produtos participantes da promoção "Cheetos com Surpresa", séries *Homem-Aranha* e *Hello Kitty*.

39. É cediço que os atos administrativos, e os praticados pelo PROCON/SP não fogem a regra, devem seguir parâmetros da razoabilidade e de proporcionalidade, devendo ser censurados aqueles atos que não guardam uma proporção adequada entre os meios empregados e os fins que a lei deseja alcançar. A razoabilidade encontra respaldo no consenso social do que é usual e sensato; a proporcionalidade como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam o fim. Os meios quando exorbitantes superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

40. No tocante aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a renomada administrativista **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (*in* *Direito Administrativo*, 13ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2000, pp. 80/81)

leciona que eles têm como escopo impor limitações à discricionariedade da Administração, a fim de evitar abuso na prática do ato administrativo. Reportando-se ao mestre publicista Gordillo, afirma:

"Segundo Gordillo, 'a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar'. (Grifou-se).

41. Esclarece, também, Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o princípio da proporcionalidade está contido no da razoabilidade, *in verbis*:

"Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. (...) Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitados dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.

O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9784/99, que impõe à Administração Pública:

adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inc. VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inc. VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inc. IX); e também está previsto no art. 29, § 2º, segundo o qual "os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes."

42. Assim, ao contrário do que sustentou a ré, a penalidade, se mantida, o que se admite apenas para argumentar, foi fixada sem observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assegurados legalmente. Esse é o posicionamento uníssono da doutrina, como manifesta Eduardo Arruda Alvim, *in* Código do Consumidor Comentado, 2ª ed., Biblioteca de Direito do Consumidor, Editora RT, pág. 274:

"Na fixação da pena (que se dará mediante processo administrativo, para o qual a Constituição Federal assegura o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade do processo respectivo - art. 5º, LV) de multa, assim, tomar-se ao por base três verdadeiros conceitos vagos (gravidade da infração, vantagem auferida, e condição econômica do fornecedor), que se inter-relacionam, e devem ser preenchidos diante do caso concreto, pela autoridade competente, que poderá ser federal, estadual, do Distrito Federal, ou municipal, conforme a infração específica e seu âmbito (parágrafo primeiro do art. 55 deste Código)."

43. Sobre o tema não se pode deixar de invocar decisão do C. STJ a respeito da dosimetria da pena, que em essência cabe como uma luva ao caso em questão. Eis a ementa:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE DESPACHANTE.

16

Administração seja contida dentro de suas competências constitucionais e legais, que não possa desbordar; senão, será reconduzida a seu limite."

46. Cumpre salientar, como insculpido na Carta Magna no inc. XXXV, em seu art. 5º, que nem mesmo a lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, o princípio da inafastabilidade do Judiciário está a legitimar a interposição da presente ação, não havendo que se falar em violação do princípio da separação dos poderes.

Quanto ao critério utilizado na fixação da pena-base da multa:

47. Mesmo entendendo inócua a prática infrativa e, portanto, inaplicável qualquer pena de multa por suposta violação às leis de consumo, a autora procurou demonstrar durante o processo administrativo, juntando os documentos que comprovavam a receita média bruta auferida através da venda dos produtos "Cheetos com Surpresa" no Estado de São Paulo.

48. Por esses documentos, se pode verificar que a receita bruta obtida com a venda dos produtos participantes da promoção - "Cheetos com Surpresa", para todo o período da promoção (desde dezembro de 2006 a julho de 2007) no Estado de São Paulo estava estimada em R\$ 1.972.115,44, como demonstra a declaração firmada pelo responsável às fls. 127 do processo administrativo. O faturamento projetado para o período em que a promoção durou seria inferior a R\$ 47 milhões. E, portanto, a base de cálculo adotada pelo PROCON/SP de R\$ 150.000.000,00 dizia respeito ao faturamento global da autora, o que por si só demonstra o inquestionável caráter confiscatório, abusivo e desproporcional da multa aplicada e que deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário.

49. Dessa forma, ainda que esse MM. Juízo entenda por manter a injusta autuação, o que se admite apenas para argumentar, considerando

que a autora não apurou nenhuma vantagem com o ocorrido, nem direta nem difusa, primariedade e a natureza da infração, estão presentes no caso todos os critérios atenuantes que deverão ser considerados para a máxima redução de eventual pena de multa admitida em lei, nos termos do artigo 25, III do Decreto Federal 2.181/97, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 19 da Portaria Normativa nº 26/06 Procon-SP e mesmo assim aplicando-se corretamente os parâmetros preconizados na Portaria Normativa 26/06, a multa aplicada **não poderia jamais ultrapassar os R\$ 5.700,00.**

50. Com isso verifica-se flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, um dos importantes princípios do processo administrativo por meio do qual se exerce o poder de polícia de defesa do consumidor. A Lei 9.784/95, em seu artigo 2º, *caput*, deixa isto bem explícito:

“A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

51. Referida lei, traz, ainda, outras importantes disposições, como a inserida no inciso VI, parágrafo único do art. 2º, que determina seja observado o critério da **“adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.**

52. O inciso III do mesmo dispositivo adverte que no processo administrativo deve ser respeitado o critério da **“objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção especial de agentes ou autoridades”.**

53. Portanto, a imposição da multa absurda no seu valor de R\$ 458.240,00, **fere o princípio da proporcionalidade do ato**

18

administrativo. Esse critério de dosimetria, de cunho exclusivamente econômico, algo incompreensível, discrepa da idéia do razoável, por completamente afastado da relação de proporcionalidade que deve existir entre o fato e a sanção.

54. Com efeito, a multa aplicada pelo réu no valor de R\$ 305.493,33 (ainda que aplicado o desconto de 5%), é exagerada e demanda do Poder Judiciário **QUE SEJA CANCELADA OU AO MENOS BALIZADA**, considerando todas as medidas adotadas pela autora, e as circunstâncias já retratadas.

55. Vale, aqui, lembrar o ensinamento do mestre Hely Lopes Meirelles :

“O que se requer é a legalidade da sanção e a sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado. As sanções do poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, como prevista na normal legal⁵”.

56. Portanto, adotar, ainda que apenas para efeito de avaliação da capacidade econômica da autora, **o faturamento global de todos os produtos fabricados e comercializados como base de cálculo para a aplicação da multa**, representa, no caso presente, **inquestionável caráter abusivo que deve ser impedido pelo Poder Judiciário**.

57. Assim, a autora impugna os critérios de fixação da pena-base e o montante da multa fixado pelo PROCON/SP, que não encontram suporte nos fatos e nos documentos apresentados conforme a legislação aplicável.

58. Sobre o tema, vale reproduzir decisão proferida pelo e. Tribunal de Justiça de São Paulo:

⁵ - Direito Municipal Brasileiro, 10 ed., Malheiros, p. 359.

"MULTA ADMINISTRATIVA - PROCON/SP - Admissibilidade - Desproporcionalidade entre o ilícito imputado ao fornecedor de bem ou serviço e a multa aplicada - Inadmissibilidade - Ofensa ao princípio da razoabilidade - Caracterização - Agravo provido".

Ora, ainda que praticado eventualmente o ilícito consumerista, qual seja, a falta de informações sobre a oferta de produtos ou serviços -, cumpre registrar que a multa pecuniária foi fixada no valor de R\$ 128.991,00 (cento e vinte e oito mil e novecentos e noventa e um reais), em evidente desconformidade com a natureza e a gravidade do fato e com clara ofensa ao princípio da razoabilidade.

No caso, olvidou-se a agravada de que "toda disciplina punitiva subordina-se ao princípio da razoabilidade em sentido amplo (...) envolvendo a conformidade ou adequação (razoabilidade), a exigibilidade ou necessidade (seleção do meio menos oneroso) e a proporcionalidade em sentido restrito (meio proporcionado ao fim), e impondo-se como diretriz para dosagem das penalidades" (Francisco Octávio de Almeida Prado, *improbidade Administrativa*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 153)⁶.

No mesmo sentido :

ATO ADMINISTRATIVO - Multa aplicada por infração à Lei de Proteção ao Consumidor - Pretensão à suspensão da inscrição do crédito na dívida ativa do Estado - Cabimento - Imposição da sanção com base unicamente no faturamento mensal da empresa - Critério que se mostra destoante da noção de razoabilidade, pois completamente afastado da relação de proporcionalidade entre o fato e a sanção - Manifesto o perigo de dano,

⁶ - TJSP - 9ª Câm. Dir. Pub. - Agravo de Instrumento nº 424.879-5/0-00, voto nº 13532 - Comarca de São Paulo, Rel. Des. RICARDO LEWANDOWSKI.

20
A

justificando a concessão da tutela antecipada - Recurso provido para esse fim.

EMENTA OFICIAL:

Quando o ato administrativo, de natureza sancionatória (multa), se mostra destoante da noção de razoabilidade, viável a tutela antecipada para suspender a inscrição desse crédito na dívida ativa do Estado⁷. (grifos nossos)

IV - DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA:

59. Não é preciso argumentar mais para demonstrar a urgência da prestação jurisdicional e que justifica o pedido ora formulado de antecipação da tutela diante do risco iminente de ter a dívida inscrita, sofrer um processo de execução, com constrição judicial de bens e posterior alienação para, depois, reconhecer-se a ilegalidade da multa aplicada, é, sim, dado de difícil reparação.

60. Como já se disse, se até o dia de hoje (primeiro dia útil após o vencimento), a autora não efetuar o pagamento da multa, esta será inscrita como devedora do Estado de São Paulo pela quantia de R\$ 458.240,00 o que implicará na aplicação das restrições creditícias, fiscais e administrativas - inclusive com o lançamento do nome da autora no Cadastro Nacional do PROCON - impedindo-a também de realizar outras promoções (brindes, prêmios e sorteios, procedimentos sujeitos à aprovação governamental) e que representam uma das principais ferramentas de marketing da autora para divulgação e comercialização de seus produtos.

61. Ora, se a penhora assegura ao devedor de tributo o direito à obtenção de certidão positiva de débito com efeito de negativa,

⁷ - TJSP - 4ª Câmara. Dir. Pub. - AGRV. DE INST. nº 373.347-5/8-00 - nº 13.156, Juiz Rel. Des. JO TATSUMI, 5.8.06.

21

conforme consta do art. 206 do Código Tributário Nacional ("Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa"), não há porque se negar o pedido de antecipação ora formulado, determinando ao réu que se abstenha de aplicar qualquer sanção ou penalidade contra a autora até a final decisão.

62. Esse é o entendimento preconizado pelo e. TJ-SP, *verbis*:

"AGRAVO - Multa Administrativa - Lavratura pelo PROCON/SP - Hipótese em que a agravada se inconformou com o auto de infração e ingressou com ação anulatória, obtendo antecipação de tutela. Inconformismo da agravante - A decisão do MM. Juiz que deferiu a antecipação de tutela unicamente suspendeu a exigibilidade do crédito tributário oriundo do auto de infração até final decisão do processo principal, não significando negativa da existência do crédito, mas tão somente a necessidade de aguardar o devido processo legal. Inexistência de prejuízo para a agravante - Decisão mantida - Recurso improvido⁸".

V - PEDIDO:

Procedência da demanda - anulação da penalidade e arquivamento do processo administrativo:

63. Por todo o aqui exposto, requer se digne:

63.1 com fundamento no artigo 273 do CPC, **antecipar liminarmente os efeitos da tutela para que, a ré se abstenha de praticar qualquer sanção ou penalidade contra a autora com relação ao procedimento administrativo autuado sob o nº 586/08 até final decisão, suspendendo a exigibilidade da multa em questão até final decisão, oficiando-o**

⁸ - TJSP- 2ª Cam.Dir.Púb - AGR INSTR. Nº 592 671.5/3-00 - SAO PAULO - VOTO 15616, Relator Des. ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR.

com urgência para que tome conhecimento e dê cumprimento à ordem liminar ora pleiteada;

63.2. cumprida a liminar, seja citado o réu por mandado para, no prazo legal e em querendo, ofereça resposta à presente demanda, sob pena de sofrer os efeitos da revelia; e

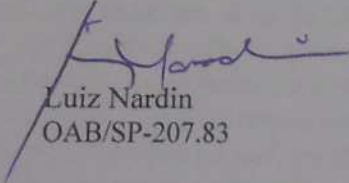
63.3. tornando definitiva a antecipação dos efeitos da tutela, seja a presente demanda JULGADA TOTALMENTE PROCEDENTE, impondo-se a anulação da penalidade e de seus efeitos e o conseqüente arquivamento do procedimento administrativo instaurado contra a autora (Proc. nº 586/2008), ou ao menos para que seja mitigado o valor da multa, condenando-se ainda a ré ao pagamento da verba honorária a ser arbitrada por esse MM. Juízo e das custas processuais.

64. Protestando pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial oitiva de testemunha, perícia contábil, juntada de documentos, expedição de ofício, dando-se à causa o valor de R\$ 305.493,33 (trezentos e cinco mil e quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), juntando-se à presente a cópia integral do processo administrativo instaurado junto ao PROCON/SP e autuado sob o nº 586/2008.

Pede deferimento.

São Paulo, 4 de abril de 2.011.

Victor Brandão Teixeira
OAB-SP 26.168


Luiz Nardin
OAB/SP-207.83