

T | R

TAVARES, RIEMMA & ADVOGADOS ASSOCIADOS

URGENTE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA _ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

44/2010-1
controle-juiz

(com pedido de antecipação de tutela)

PANDURATA ALIMENTOS LTDA., sociedade empresária com sede na cidade de Guarulhos, Estado de São Paulo, na Rua Cavadas nº 847, bairro Itapegica, inscrita no CNPJ-MF sob o nº 70.940.994/0001-01, na forma do seu contrato social (Doc. 1) e através dos advogados que para esse fim constituiu (Doc. 2), em PROCEDIMENTO ORDINÁRIO, vem à presença de V. Exa. para mover AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, doravante denominada simplesmente PROCON, pessoa jurídica de direito público criada pela Lei Estadual nº 9.192, de 23 de novembro de 1995, com sede nesta Capital, na Rua Barra Funda, nº 930, 4º andar (CEP 01152-000), vinculada à Secretaria Estadual da Justiça e da Defesa da Cidadania.

São expostos, nas anexas razões, os arrimos fáticos e jurídicos da presente demanda, bem assim as pretensões nela deduzidas, rogando-se a V

12 /
2
3/

Exa., pelo que ali vai melhor detalhado, a antecipação da tutela pretendida, porque satisfeitos os requisitos legais (CPC, art. 273).

Caso a ação não mereça julgamento antecipado, indicam-se todos os meios de prova admitidos, especialmente a juntada de novos documentos, a requisição de informações a órgãos públicos, a realização de exames periciais, bem como o que mais se mostrar útil ao convencimento desse MM. Juízo.

Requer-se a citação da Ré por Oficial de Justiça e atribui-se à causa, para os efeitos de lei, o valor de R\$ 105.493,33 (cento e cinco mil e quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos).

Termos em que, do registro e urgente autuação,
Pede deferimento.

São Paulo, 12 de janeiro de 2010.

Julia A. F. Mesquita
JULIA AFFONSO FERREIRA MESQUITA
OAB-SP nº 254.095

10 /
3 4 / ✓

MERITÍSSIMO JUIZ !

1.- A Autora, fabricante dos produtos alimentícios da linha denominada "Gulosos", foi irregularmente autuada pela Ré pela suposta infringência ao "... § 2º do artigo 37, da Lei 8.078/90" (cf. Auto de Infração, Doc. 3), com a imposição de multa, ao final do procedimento administrativo, fixada no valor de 105.493,33 (cento e cinco mil e quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos) (cf. Notificação, Doc. 4).

Tudo porque, concluiu o PROCON que, a campanha publicitária televisiva intitulada "É hora do Sherek" que divulgava promoção relacionada aos produtos da linha "Gulosos" caracterizou-se como propaganda abusiva ao argumento de que a "...expressão 'JUNTE' E 'COLECIONE' não possui conotação informativa, conforme defendido pelo Recorrente, mas sim estímulo imperativo de compra ou consumo, contrariando as disposições legais." (cf. Decisão Administrativa, Doc. 5).

Contudo, a subsistência do auto de infração merece ser declarada **nula**, conforme restará demonstrado a seguir.

2.- **Data maxima venia**, a mensagem publicitária veiculada pela Autora não incorreu em qualquer infração ao Código de Defesa do Consumidor, como V. Exa. poderá vislumbrar. (cf. Propaganda, Doc. 6).

Sucintamente, a propaganda que deu ensejo à multa que ora se visa anular, anunciava, através do diálogo entre duas crianças, promoção através da qual, na compra de cinco produtos da linha "Gulosos", seria possível trocá-los por um relógio de pulso, mediante o pagamento de mais cinco reais.

E, tal mensagem foi transmitida, sem qualquer resquício de abusividade e infração ao parágrafo 2º, do artigo 37, do Código Consumerista.

10 /
451

3.- A licitude da propaganda veiculada é tão flagrante que, a Ação Civil Pública, que impugnava o mesmo anúncio publicitário, foi julgada totalmente improcedente.

Nesta oportunidade a I. Juíza TÂNIA MARA AHUALLI, da Quadragésima Primeira Vara Cível do Foro Central desta Capital, expressamente consignou que: "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." (cf. Sentença, Doc. 7, n.g.).

Ao contrário do que vislumbrou a Fundação Ré, a MM. Juíza Sentenciante assentou que "... 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 do imperativo é comum a linguagem publicitária e restringi-lo resultaria em restrição à liberdade de comunicação de marketing." (cf. Sentença, Doc. 7, n.g.).

É de suma importância a decisão proferida na ação coletiva, pois, caso confirmada em definitivo a mencionada ação coletiva, dispõe o Código de Defesa do Consumidor que seus efeitos serão "erga omnes". (CDC, art. 103, inc. I).

E, por tais motivos, esse entendimento que deverá prevalecer, porque está de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência pátria.

4.- Segundo ensinamento do I. Jurista RIZZATTO NUNES "... para a caracterização da natureza abusiva do anúncio não é necessário que ocorra de fato um dano ao consumidor concreto ou uma ofensa concreta. Basta que haja perigo; que exista a possibilidade de ocorrer o dano, uma violação ou ofensa. A

10 /
56 ✓

abusividade, aliás, deve ser avaliada sempre tendo em vista a potencialidade do anúncio em causar um mal.¹

Nesse diapasão, inviável a caracterização da propaganda em análise como abusiva, já que não tem qualquer potencialidade ofensiva, mas apenas difundia uma promoção da Autora.

Os termos "JUNTE" e "COLECIONE", considerados abusivos pela Fundação Ré, reflete apenas a linguagem publicitária que visava claramente externar a mecânica da promoção, esclarecendo a necessidade de se "juntar" as cinco embalagens de produtos da linha "Gulosos" para, com mais R\$ 5,00 (cinco reais), efetuar a troca pelo relógio de pulso.

Não há assim, qualquer caráter abusivo ou discriminatório, restando imaculado o parágrafo segundo do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, invocado como violado no Auto de Infração (Doc. 3) e na decisão proferida pelo PROCON. (Doc. 7).

5- Insiste-se, a prática promocional praticada pela Autora, é lícita, além de ser adotada em diversos segmentos de anunciantes que disputam a preferência dos consumidores, impulsionados pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência. (CF, arts. 5, incs. IV e IX, 170, caput e inc. IV).

Além de não impor qualquer obrigação aos consumidores, nem exigir-lhes a aquisição condicionada de produtos ou o consumo imoderado, a promoção teve o propósito educativo, instigando as crianças a aprenderem a leitura das horas.

Não há qualquer possibilidade de que a promoção em questão tenha violado o artigo 37, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor,

¹ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 4ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478, n.g.

10 /
67 ✓

tendo em vista que restaram preservadas a integridade física, psíquica e moral das crianças, sob qualquer aspecto.

6.- Justamente ao contrário, abusiva e discriminatória é a decisão da Fundação Ré, merecendo seja declarada nula.

Conforme já decidiu o E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO "Acatar a tese defendida pelo recorrido (PROCON) acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a ponto de limitar sobremaneira a criatividade publicitária."².

Em outras palavras, o anúncio difundido pela Autora não arrostou qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e posicionamento em sentido contrário ofenderia a liberdade de expressão publicitária.

7.- Na remota hipótese que se considere abusiva a propaganda divulgada pela Autora, também o valor da multa não encontra amparo no princípio da razoabilidade, mesmo se fosse possível utilizar, para a fixação do quantum sancionatório, os artigos 56, inciso I e 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, nos moldes lançados pelo ato de cuja nulidade ora se busca a declaração.

Prevê o artigo 57 do Código Consumerista que a pena de multa deve ser graduada de acordo com a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do infrator. No caso vertente, estes critérios não foram corretamente considerados, em que pese a fórmula de cálculo utilizada pelo PROCON ter sido elaborada de forma a abarcá-los, ao menos em tese. É o que se passa a demonstrar.

² TJSP, Apel. Cível nº 558.085.5/0-00, 7ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Nogueira Diefenthaler, j. 10/3/2008, n.g.

10 /
7 E

8.- Alicerçado na Portaria nº 26, de 15 de agosto 2006 (doc. 8), o PROCON calculou a multa em questão com o uso de fórmula composta pelos seguintes elementos: receita mensal média, fator de vantagem auferida e fator de natureza da infração.

9.- Isso não obstante, a Autora observa, com base nos próprios critérios constantes da referida portaria, os seguintes erros nos fatores utilizados no cálculo da multa fixada no procedimento administrativo:

a.- receita média mensal (art. 17, da Portaria Procon nº 26/2006);

Foge do razoável, considerar a receita média mensal de toda as atividades da Autora, enquanto apenas uma linha de seus produtos estava abrangida na propaganda autuada.

Na pior das hipóteses, deveria a Ré ter limitado a receita bruta mensal àquela obtida, na média dos três meses que antecederam a lavratura do auto, com a comercialização dos produtos da Linha "Gulosos".

b.- fator de vantagem auferida (art. 16, da Portaria Procon nº 26/2006);

Como se não bastassem todas as ilegalidades do próprio procedimento administrativo em comento, é evidente também a ilegalidade do critério utilizado no cálculo da exorbitante multa, ao não prever redução da multa para casos como o vertente, em que não **há aferição de vantagem** nenhuma por parte da Autora.

10 /
8 9 ✓

Dos próprios fatos expostos no auto de infração não há como se vislumbrar qualquer possibilidade de vantagem da Autora com relação à divulgação da propaganda de oferta.

Diante da ausência de vantagem de qualquer ordem por parte da Autora com relação aos fatos em questão, o cálculo da multa, neste caso, deveria ter se utilizado do fator "zero", ao invés de "um", como fez o PROCON.

c.- fator de natureza da infração (art. 18, § 3º da Portaria Procon nº 26/2006);

A fórmula de cálculo em questão utiliza-se de quatro grupos de infrações. Observa-se que no grupo III, em que foi enquadrada a conduta da Autora, constam outras vinte e seis, todas elas muito mais graves do que a descrita no Auto de Infração.

O enquadramento no grupo III enseja ao suposto infrator a multiplicação do valor obtido após a "análise" dos itens acima.

Verifica-se, então, que tal enquadramento deixa na mesma posição o fornecedor que, em tese, anuncia publicidade abusiva e aquele que, por exemplo, insere "... informações negativas não verdadeiras ou imprecisas em cadastro de consumidores" (Doc. 8, Anexo I, b, 10).

10.- Por todo exposto, requer a Autora que, caso V.Exa. não venha a declarar a nulidade de todo o processo administrativo pelas razões meritórias anteriormente alinhavadas -- hipótese da qual se cogita apenas por apego ao debate --, seja determinada a redução do valor da multa conforme os critérios acima expostos.

11.- Flagrante a existência de "fumaça do bom direito", consubstanciada na abusividade da pretensão sancionatória do PROCON e na

discrepância entre a conduta da Autora e seu esdrúxulo apenamento administrativo.

Sem qualquer esforço interpretativo, é *ictus oculi* perceptível a ilegalidade de se apenar a Autora simplesmente porque o PROCON mal interpretou a propaganda publicitária divulgada pela ré, sendo **totalmente imotivado o ato administrativo** cuja declaração de nulidade se pleiteia, baseado que foi em inaceitável, incomprovada e equivocada suposição e interpretação da Administração.

12.- De outra parte, também, desnecessárias maiores digressões sobre o *periculum in mora*, dado que a Autora estará obrigada a **desembolsar a vultosíssima quantia de mais de cem mil reais no dia 16 de janeiro próximo** e, não o fazendo, sujeitar-se-á à execução judicial da mesma, com respectiva inscrição do montante na Dívida Ativa do Estado, o que causaria **sérios abalos ao crédito da Autora, impedindo-a ainda de participar de licitações públicas**.

E caso a Autora efetivamente pague o valor reclamado, pleiteando a devolução do indébito posteriormente, é notória a verdadeira infinidade de tempo que terá de aguardar até ver quitado seu crédito contra o Estado.

13.- Por outro lado, e conforme legalmente exigido (art. 273, § 2º, CPC), é perfeitamente reversível a tutela que se pretende ver adiantada, já que caso por hipótese venha a ser julgada improcedente a ação, poderá o PROCON exigir a multa, não havendo qualquer razão para se desconfiar de futura insolvência da Autora, ou da dissipação de seus ativos até o final julgamento.

14.- De todo o exposto, requer-se a Vossa Excelência que:

a.- Antecipe os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, decretando desde logo a

10 /
10 //

suspensão dos efeitos decorrentes dos atos consubstanciados nos autos do processo administrativo nº 11626/08, do PROCON, especialmente para que este se abstenha de exigir a multa imposta à Autora e de inscrevê-la na Dívida Ativa do Estado, até final julgamento da presente, bem como determine a expedição de ofício ao Departamento de Proteção ao Direito do Consumidor-DPDC a fim de que não seja instaurado outros procedimentos administrativos nos demais Estados Brasileiros com fundamento nos mesmos fatos aqui discutidos.

Alternativamente, caso entenda Vossa Excelência tratar-se de providência de natureza cautelar, que a defira albergado no § 7º, do mesmo artigo 273, do Diploma Instrumental, para os propósitos acima descritos; e

b.- Julgue ao final inteiramente procedente a presente ação, (1) decretando a nulidade do auto de infração nº 0579 série D7 dada a inexistência de prática, pela Autora, da ilicitude ali averbada e justificadora do apenamento, em consequência decretando-se insubsistente a penalidade aplicada, bem assim, nulos e insubsistentes todos os atos administrativos perpetrados, pela Ré, posteriormente à aludida autuação, com a condenação do PROCON ao pagamento das verbas de sucumbência, inclusive honorária a ser arbitrada por Vossa Excelência.

c.- Na hipótese de manutenção do decreto de subsistência do auto de infração, seja ao menos minorada a multa ali lançada, adotando-se os critérios aqui trazidos, também carreando à Ré o ônus da sucumbência.

São Paulo, 12 de janeiro de 2010.

Julia A. F. Mesquita
JULIA AFFONSO FERREIRA MESQUITA
OAB-SP nº 254.095

10 /
11 2 ✓

ROL DE DOCUMENTOS

- 1.- Contrato Social
- 2.- Procuração
- 3.- Auto de Infração
- 4.- Notificação para pagamento
- 5.- Decisão administrativa
- 6.- Propaganda
- 7.- Sentença proferida na Ação Civil Pública
- 8.- Portaria Normativa PROCON nº 26/2006
- 9.- Inteiro Teor do Procedimento Administrativo
- 10.- Custas e taxas judiciais