

De mais a mais, a fumaça do bom direito reside no fato de ter a Demandante apenas e tão somente lançado um álbum de figuras ilustradas, com oferta de prêmios, para quem encontrasse-os nas embalagens de cromos comercializadas em bancas de revistas e tabacarias.

Aliás, a Autora em nenhum momento deixou de respeitar e atender os consumidores, como se vislumbra das atitudes pela mesma adotadas.

Por tudo o que foi exposto, Excelência, se conclui que há risco de dano irreparável e que a verossimilhança decorre da simples leitura dos documentos que instruem a inicial e da leitura da lei. Sendo estas as circunstâncias, requer a Autora, mui respeitosamente, desde logo, a concessão de medida liminar *inaudita altera pars* para o fim de determinar a expedição ao Departamento Estadual da Dívida Ativa que não proceda à inscrição dos valores aqui debatidos até que haja decisão final de mérito acerca da matéria.

De sorte que tal antecipação é perfeitamente possível, visando obstar prejuízos a parte que discute judicialmente valores que a ela são atribuídos como devidos, sendo esta a orientação do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *in verbis*:

"II. Em discussão o montante do débito de responsabilidade do mutuário, por via da ação revisional de cláusulas contratuais por ele intentada, os efeitos de eventual mora ficam suspensos, até que haja a definição **judicial** acerca do tema, contexto em que a anotação do nome do devedor em cadastros registradores da inadimplência mostra-se abusiva, impondo-se vetada judicialmente.

III. A determinação **judicial** vedatória da **inscrição** do nome do autor de ação revisional de cláusulas contratuais em bancos de dados mantidos por órgãos de restrição ao crédito tipifica-se como obrigação de não fazer, o que torna cabível a fixação de multa cominatória como forma de compelir a credora a abster-se da conduta vedada.

IV. Com a discussão **judicial** do débito, enquanto não definido em juízo o seu exato 'quantum' e a licitude ou não das parcelas que o integram, os efeitos de eventual mora 'debitoris' resultam estagnados, o que justifica a *asseguração*, em favor do mutuário, da posse do bem dado em garantia

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

Adentrando neste tema, o STJ tem decidido que enquanto pendente discussão judicial sobre o débito fiscal, não cabe inscrição do contribuinte no CADIN, portanto, de forma analógica, também seria ilegal a inscrição do contribuinte em cadastros de devedores a nível Estadual. O Emérito Ministro Franciulli Netto (Resp. 611375 / PB, 2º Turma, DJ 07.03.2005 p 215), em recente julgado, assim se manifestou:

"RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - TRIBUTÁRIO - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL - NÃO-INCLUSÃO DA REQUERENTE NO CADIN - DÉBITO FISCAL OBJETO DE IMPUGNAÇÃO EM JUÍZO - PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 07/STJ.

No que se refere à pretendida exclusão do nome da empresa do CADIN - Cadastro Informativo dos Créditos não-Quitados de Órgão e Entidades Federais, esta Corte tem entendido, em inúmeros julgados, que, enquanto o débito for objeto de discussão judicial, não se legitima a inscrição do devedor no CADIN. Precedentes: MC 1.293/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 19.12.2002, e REsp 644.736/PE, da relatoria deste Magistrado, j. 24.08.2004. Recurso especial provido em parte, para determinar a exclusão do nome do contribuinte do CADIN."

Por fim, a recente alteração legislativa trazida com a Lei Complementar nº 104 de 10/01/2001, a qual acrescentou o inciso V ao artigo 151 do Código Tributário Nacional, restou legalmente disposta tal possibilidade de concessão de tutela antecipada na sede indicada, superando antigas discussões:

"Artigo 151- Suspendem a exigibilidade do crédito tributário":

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V - a concessão de medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

Inclusive em face de tal disposição, já há julgado recente do 1o.TACIVIL/SP que confirma a tese explanada, "in verbis":

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

Tributário - Ação anulatória de lançamento fiscal. Possibilidade de deferimento da tutela antecipada para suspensão da exigibilidade do crédito tributário sem a exigência de depósito do valor deste. Inovação trazida com a Lei Complementar no. 104 de 10/01/2001 que acrescentou o inciso V do artigo 151 do Código Tributário Nacional" (1o. TACIVIL - 2a. Câm - AI no. 1.003.811-6- Araras-SP; Rel. Juiz Morato de Andrade, j. 21/3/2001, v.u.)

Outrossim, apenas a título de argumentação, caso o entendimento de V.Exa. seja no sentido da necessidade de garantia do valor da multa em debate, requer desde já autorização para apresentação de garantia judicial com o fito de caucionar o valor, com a conseqüente intimação do r. Órgão sobre referida providência e a ordem para que as medidas normais de cobrança sejam sobrestadas.

Dos esclarecimentos necessários para correta análise dos fatos

III – Do Livro ilustrado – “DISNEY STARS” – legalidade da promoção ofertada.

Excelência, de início, importante registrar que a Empresa, mesmo diante da inexistência de conduta ilícita diante dos fatos aduzidos pelo PROCON, acabou por ser indevidamente multada, através de um JULGAMENTO realizado pelos prepostos da Ré.

De todo modo, malsinada decisão considerou uma conduta lícita e totalmente legal da Requerente como violadora de diversas normas consumeristas, sem, contudo, sopesar as provas carreadas aos autos do procedimento administrativo, não permitindo outro tipo de conduta da Editora, senão o de ajuizar a presente ação.

Para demonstrar dita legalidade, passará a Demandante a análise de cada um dos tópicos levantados pela Demandada em seu auto de infração, os quais, repita-se, são totalmente abusivos e desprovidos de qualquer embasamento fático.

III.a – Da inexistência de violação ao art.37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor – veiculação de publicidade dentro da regulamentação do CONAR e da legislação vigente.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

Excelência, inicialmente é importante trazer a conceituação de publicidade enganosa, até mesmo para melhor discutir a tese esposada pela Requerida quando da sanção aplicada a Requerente.

Gize-se que a publicidade, meio de divulgação de determinado produto com a finalidade única de comercializá-lo, sem, contudo, deixar de prestar as devidas informações sobre o produto ou serviço que se pretende vender.

No caso dos autos, como se pode depreender da farta documentação acostada, o princípio da informação, contido nos artigos 30 e 31 do CDC foram totalmente atendidos.

Note-se que o regulamento promocional jaz claro no sentido de que são vários os prêmios ofertados pela Empresa durante o curso da promoção, os quais encontram-se divididos segundo critérios de proporcionalidade exigidos na legislação própria sobre o tema.

Aliás, a autorização do órgão governamental regulador de promoções deste tipo, SEAE (secretaria especial de acompanhamento econômico), permitiu a realização da promoção ofertada pela Autora, sem impor qualquer restrição, haja vista a legalidade pela qual se fazia revestida.

É de se destacar que o processo de autorização da promoção do produto em questão foi regularmente protocolado sob nº 18101.000546/2007-72 perante a mesma Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda e em conformidade com o procedimento daquele órgão, a Demandante encaminhou com a sua documentação o documento denominado Plano de Operação, **na qual consta expressamente no seu item 3 que, dos 21 milhões de unidades de embalagens previstas para ser comercializadas, 1.015.700 unidades estariam premiadas com 01 prêmio.**

Da mesma forma, não se pode conceber a idéia de que o SEAE possa ter entendido de outra maneira, eis que no pedido de autorização devidamente protocolado junto àquele órgão, a tabela de prêmios contém claramente na primeira coluna a quantidade de 1.000.000 de envelopes com cromos ilustrados, ao valor unitário de R\$ 0,35 , no total de R\$ 350.000,00.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

Logo, a alegação da reclamante, que originou o procedimento administrativo junto à ora Requerida, improcede.

A Demandante, desde o momento em que resolveu promover a presente ação promocional – assim como já foi feito por ela e por outras empresas em lançamentos semelhantes – tratou a entrega dos 1.000.000 cromos como prêmios e, como tal, não se encontra impedida de divulgar essa informação em suas peças publicitárias.

Como se ressaltou na Defesa apresentada junto ao PROCON, seria muito mais conveniente econômica e financeiramente se esses 1.000.000 envelopes fossem considerados simples brindes, já que deixaria de recolher o imposto de renda incidente sobre a distribuição gratuita de prêmios. Todavia, a mesma fez questão de criar a ação promocional e submetê-la à aprovação do órgão competente.

Assim, a aludida publicidade enganosa, em realidade, não é mais do que efetivamente a promoção nos exatos termos permitidos pelo órgão responsável, não havendo qualquer irregularidade em sua divulgação. Enganosa, com perdão do trocadilho, é a decisão administrativa, a qual cometeu erros de interpretação que acabaram levando a fixação indevida de multa contra a Editora.

Como bem fixou o Ministério Público de Pernambuco sobre o tema:

*"Como exemplos de publicidade enganosa, podem-se mencionar os anúncios que alardeiam propriedades miraculosas de determinados "medicamentos", prometendo "curas fantásticas", o restabelecimento de "energias perdidas" (o "conhaque do milagre"), o emagrecimento sem regime alimentar, a oferta de produtos que não existem no estoque do fornecedor, com o intuito de atrair o consumidor a entrar na loja (oferta como chamariz), etc."*¹

Nesta toada, como se observa pelos argumentos expostos pela Instituto Alana e pela Demandada, em nenhum momento houve prática de publicidade fora dos limites impostos pelo código de defesa do consumidor, ao contrário, em todas

¹ Publicidade enganosa e abusiva, in:

www.mp.pe.gov.br/procuradoria/caops/caop_consumidor/doutrina/publicidade_enganosa_abusiva.htm, acesso em 05/12/2003, às 17:05.

as peças promocionais constam o número de prêmios, dentre os quais encontram-se aqueles determinados no regulamentos e pacotes com cromos ilustrados, gratuitos.

Corroborando com este entendimento, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE MOTO. ARREPENDIMENTO. CAPACIDADE DE CARGA INFERIOR AQUELA IDEALIZADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 49 DO CDC. PUBLICIDADE ENGANOSA NÃO CONFIGURADA. RECURSO IMPROVIDO. 1- Tendo o negócio se realizado em estabelecimento comercial, à vista do produto, descabe a invocação do art. 49 do CDC, que diz respeito a desistência pura e simples. 2 - Conseqüentemente, a troca deve levar em conta a natureza do produto e as circunstâncias da aquisição. No caso de veículos, legítimo considerar os custos com a regularização administrativa e o fato do produto devolvido não mais poder ser vendido pelo comerciante como "zero quilômetro". Por outro lado, tendo o consumidor optado por financiamento, que se deu através de terceiro, também não se pode desconsiderar o custo da operação. 3 - Finalmente, o fato da vendedora da loja ré ter, eventualmente, mencionado que o veículo em questão, uma Sundown/Web 100cc, poderia transportar duas pessoas, não configura propaganda enganosa. Além do autor ter visto o produto, espera-se do consumidor que, previamente a aquisição de um veículo, bem durável, busque sobre ele informações mínimas, a exemplo da capacidade de carga, informação disponível e de fácil acesso no site do fabricante. (Recurso Cível Nº 71002057099, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 16/12/2009)"

Repita-se que a relação entre publicidade e informação é totalmente necessária, sendo fato que a Editora, em todas as peças publicitárias acerca da promoção deixou muito claro que existiam diversos tipos de prêmio, inclusive cromos e outros aparelhos.

Estes prêmios, segundo o regulamento, que é claro, conciso e extremamente objetivo, estão divididos de forma a atingir quase 5% do total de envelopes com cromos, ou seja, a publicidade.

Na jurisprudência referida, sinala-se, o consumidor deve verificar o funcionamento do produto que está adquirindo, quando tiver alguma dúvida, se o fornecedor a ele disponibiliza todas as informações de maneira fácil e clara, como no caso dos autos.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

III.b – Da legalidade da publicidade televisiva utilizada pela Demandante – exposição da promoção por meio tradicional e em total respeito aos princípios consumeristas.

No que diz respeito à segunda irregularidade apontada, sob a alegação de que a Autora teria infringido o artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, por conta da publicidade transmitir ao expectador a grande facilidade do mesmo ser premiado a partir das imagens no comercial de TV, o Agente Autuante se valeu dos seguintes argumentos para chegar à conclusão da caracterização da infração:

Considerando a informação de que seriam colocados à venda um total aproximado de 21 (vinte e um) milhões de unidades de embalagens dos produtos promocionados e que, dessa totalidade, 1.015.700 (um milhão, quinze mil e setecentas) unidades estariam premiadas com 01 (um) prêmio, a Ré inferiu que essa relação equivale a 4,8% de envelopes com um dos dois tipos de vale-brinde, e que para os vales-brinde verdes, o percentual é de 0,075 %. Logo, no entender do órgão, a possibilidade de ser premiado, em especial com o vale-brinde verde, não era tão grande quanto alardeada na publicidade.

Trata-se na verdade de uma conclusão precipitada e bastante equivocada, para a qual não se atentou devidamente para os números e percentagens comumente verificados em ações promocionais de produtos distribuídos em grande quantidade.

Apenas a título de comparação dos números apontados na análise do Agente Autuante, tomamos a liberdade de divulgar os números de recentes ações promocionais de outras empresas do porte da Requerente:

PROMOÇÃO	EMPRESAS PROMOTORAS	RELAÇÃO DE PRÊMIOS
Dia dos Pais – C&A CA SEAE/MF 05/0064/2006	Banco Ibi e C&A Modas	19.500 prêmios para 2.178.000 produtos – 0,89%
Surpresas do Mar CA CAIXA 2-0080/2006	Pepsico do Brasil	1.010 prêmio para 54.000.000 produtos

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

		- 0,0019%
Muito prêmio, muita moda CA SEAE/MF 5/0011/2007	Banco Ibi e C&A Modas	5.800 prêmios para 3.500.000 produtos - 0,16%
Saque a 100 Km/h CA SEAE/MF 5/0079/2006	Banco Ibi e C&A Modas	1.200 prêmios para 280.000 produtos - 0,43%
A vida inteira mais você CA CAIXA 5-0123/2006	Johnson & Johnson	141.965 prêmios para 1.723.400 produtos - 8,23%
Caia no Rock com toddy CA CAIXA 2-0190/2005	Pepsico do Brasil	500 prêmios para 26.500.000 produtos - 0,0019%

Como se pode depreender, diante dos números aqui apresentados apenas a título de amostragem, a relação de 4,8% envelopes premiados pode ser considerada altíssima para esse tipo de ação promocional.

Por conta disso, analisando-se os números da tabela apresentados, não existe outra conclusão lógica a se chegar senão a de que não restou caracterizada qualquer infração ao artigo 37, § 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor, a justificar a pena aplicada.

Novamente impende reiterar, não há embasamento fático e lógico para manutenção da pena aplicada, pois calcada em "achismos" equívocos redundantes.

Já quanto ao comercial publicitário, inicialmente se faz sensato dizer que a responsável pela elaboração da peça foi uma agência especializada, que simplesmente utilizou frases costumeiras e imagens também comuns no intuito de divulgar o livro ilustrado "Disney Stars".

A publicidade veiculada em TV, nada mais é do que um meio de divulgação para venda do Livro Ilustrado, donde a promoção – brindes – é asseverada com o fito de tornar ainda mais atrativo colecionar os cromos para completar o álbum.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

Nenhuma novidade, aliás, na prática adotada, pois é, repita-se, COMUM o uso de todo tipo de pessoa, adulta, criança ou idosa, com o fito de divulgar, mostrar e falar sobre determinado produto, ressaltando as qualidades deste.

Qual seria, então, a violação ao art. 37, § 2º da Lei 8.078/1990? De fato, não há, vez que o comercial televisivo nada mais é do que a simples reprodução do regulamento disponibilizado no site do livro ilustrado, www.disneystars.com.br.

A suposta infração mencionada pela Demandada em seu julgado administrativo refere-se ao suposto uso da ingenuidade de crianças em alusão ao comercial televisivo do álbum ilustrado, pois, na opinião do instituto reclamante, seguida pelo PROCON, a imagem divulgada na peça publicitária teria a capacidade de influir no julgamento infantil, forçando a aquisição do álbum.

Entretanto, Excelência, pede vênia a Autora para expor mais um equívoco cometido pela Fundação PROCON, quando esta simplesmente taxa de irregular um comercial televisivo COMUM E NÃO APELATIVO, o qual visava única e tão somente dar visibilidade a um dos tantos produtos da Editora Abril S/A.

Uma empresa com mais de cinquenta anos de mercado, produtos reconhecidos mundialmente e com TOTAL respeito ao consumidor, não pode ser acusada de práticas abusivas, como aduzido pela Ré.

O mencionado texto legal, como se pode perceber, é taxativo e um tanto quanto grave, considerando o tipo de sanção e acusação realizada, observe-se os termos da dita legislação, "verbis":

"37 – (omissis)

§ 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança."

Ora, em simples leitura do artigo, não se denota qualquer irregularidade na publicidade veiculada pela agência contratada pela Editora, vez que inexistente o suposto "aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

criança", sendo a mesma apenas e tão somente direcionada para apresentar o produto comercializado, nada mais.

15
8

Repise-se, o uso de menores em comerciais não é prática ilegal, tampouco o é chamar a atenção das qualidades de um produto com objetivo único de aumentar suas vendas ou de torná-lo ainda mais atrativo.

Será que apenas e tão somente o comercial veiculado pela agência de publicidade contratada afetaria e aproveitaria-se da ingenuidade de menores? Novelas, filmes, seriados, peças publicitárias de outras empresas, enfim, todas estas também não afetariam? Seria lúcida e importante referida discussão, até mesmo para não soar injusta a medida aplicada pela Requerida.

Todavia, como se sabe, este fato não ocorre, motivo pelo qual não subsiste qualquer motivo para manutenção aplicada, pois, de fato, ato infrativo não houve.

III.c – Da suposta infração ao art. 39 do CDC – prática abusiva inexistente.

Douto Julgador, com relação ao regulamento disponibilizado pela Editora no site criado especificamente para o Livro Ilustrado "Disney Stars", registre-se que este foi elaborado para responder toda e qualquer dúvida dos adquirentes e participantes da promoção, de qualquer idade, visando expor o regulamento e o funcionamento da promoção ofertada.

O texto constante do site, ao contrário do quanto afirmado pela Demandada, teve por objetivo informar o menor de idade, em linguagem simples, os passos que deveriam ser por ele seguidos para o resgate dos prêmios.

Lamentavelmente, nos dia de hoje, muitas das atitudes adotadas com o intuito de simplificar uma mensagem podem ser mal interpretadas, buscando-se uma segunda intenção que, via de regra, sequer foi pensada por seus responsáveis.

Se o regramento disponibilizado fosse de difícil interpretação, seria a Editora acusada de procedimento abusivo. Se o regramento é esmiuçado, esclarecendo pormenorizadamente a promoção, também é assim considerado. Então,

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

se faz interessante explicitar o órgão consumerista qual o tipo de regulamento e texto pode ser utilizado, com vistas a impedir novas acusações e sanções como estas combatidas.

16
2

Em tais situações, a análise do caso depende da verificação do histórico de seus responsáveis. Se a atitude passível de ser interpretada de mais de uma maneira foi adotada por alguém suspeito, pode-se até concluir a busca pelas segundas intenções nela existente.

No entanto, quando se trata de uma empresa com mais de 50 anos de atividade, cuja missão encontra-se disseminada como valor cultural de todos os seus empregados e colaboradores, no sentido de contribuir para a difusão de informação, cultura e entretenimento, para o progresso da educação, a melhoria da qualidade de vida, o desenvolvimento da livre iniciativa e o fortalecimento das instituições democráticas do país, não se pode sequer imaginar que a mensagem contida no site tinha por objetivo escuso e deliberado incitar o menor de idade a uma atitude clandestina!

A Demandante não pode jamais aceitar a idéia de ser interpretada – ainda que de forma equivocada – de que de algum modo tinha por intenção incitar um menor de idade a uma atitude clandestina, tal como se lhe atribuiu.

O texto disponibilizado no site do produto lançado pela Editora é, em realidade, explicativo, claro e objetivo, nada tendo de abusivo, motivo pelo qual, mais uma vez, EQUIVOCADA à Requerida em seu julgamento.

Julgamento, este, aliás, eivado de ilegalidade. Como poderia uma Fundação, que faz parte da administração pública indireta, fixar sanções contra Empresas, se sequer está revestida do poder de polícia necessário.

Excelência, deve se ter presente que o poder de polícia pertence a Administração Pública Direta e não a Indireta, motivo pelo qual carece de legitimidade a fundação PROCON para fazer incidir a multa dimensionada.

Esta discussão quanto a validade, diga-se, não é nova e também está sendo levantada em outros Estados, como no Rio Grande do Sul, em razão da fiscalização de trânsito em Porto Alegre.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

III.d – Da cobrança por emissão e expedição de boleto bancário – legalidade.

No tocante ao tópico em comento, a taxa referida consiste na cobrança realizada pelas empresas, para que o consumidor dirigindo-se ao banco, seja ele correntista ou não, possa realizar o pagamento de uma determinada conta, em razão, principalmente, dos custos para emissão e expedição do boleto.

A utilização do boleto para o recebimento de contas em geral é uma prática comum entre as empresas. O formulário foi criado com o fim de facilitar a vida de fornecedores e consumidores, pois ao utilizar o código de barras para identificar as informações, permite que o pagamento seja realizado em diferentes localidades do país, de várias maneiras e com mais segurança.

Razão assiste à empresa, porque como muito bem salientado pelo TJSP, no acórdão sob nº **517.258.4/6-00** que segue anexo, ao consumidor é garantido o direito de escolha da forma de pagamento que melhor atender as suas necessidades, não lhe sendo imposta a forma de cobrança.

Trata-se, portanto, de opção do consumidor, a modalidade de pagamento que previamente lhe informa a cobrança de taxa para emissão e expedição do boleto.

Corroborando a tese esposada pela empresa, os documentos que se junta, quais sejam, contratos de assinatura, nos quais se verifica de forma vítüea a opção ao consumidor no que tange à forma de pagamento.

Como é de conhecimento público, o boleto bancário tem custo de emissão, custo de impressão, envio e bancário. Trata-se de um benefício fornecido pelas empresas ao consumidor, que poderá escolhê-lo entre as diversas formas de pagamento.

Contudo, ao escolher o boleto bancário, o consumidor deverá arcar com o ônus deste benefício, caso contrário, poderá, se assim desejar, optar pelo débito em conta ou cartão de crédito, que não possuem o custo do boleto bancário.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

GUZZELLI & TORRANO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Não cabe à empresa arcar com um custo de um benefício que concede ao consumidor, vez que lhe oferece outras formas de pagamento. Isso é parte distinta da mensalidade e o assinante poderá optar por outra modalidade de pagamento, como acima citado, sem que tenha que incorrer nesse ônus.

Por tais razões, se faz necessária a nulidade do Auto de Infração ora combatido, reformando-se o "decisum".

III.e - DA LIBERDADE DE CONTRATAR

Um dos princípios elementares do Direito Contratual é o princípio da Liberdade de Contratar, liberdade esta que restou estampada no caso dos autos, vez que, em última análise, o consumidor poderia optar entre TRÊS ALTERNATIVAS. Uma, de certa forma, é mais onerosa, pois a Autora repassa os custos, sendo esta exatamente o boleto bancário.

Por óbvio que a proposta de assinatura poderá ou não aceita pelo consumidor e mais, este tem a liberalidade de escolher a forma de pagamento.

Não há sequer que se falar em obrigação preponderante de um contratante ante o outro, visto que o Direito Civil Brasileiro fundamenta-se na autonomia das vontades, consensualismo, força obrigatória e boa-fé, os quais, indiscutivelmente, estão presentes no caso.

Neste compasso, o mestre Orlando Gomes ensina que:

"Se aceitou as condições contratuais desvantajosas, a presunção de que foram estipuladas livremente, impede se socorra da autoridade judicial para obter a suavização de sua libertação, PACTA SUNT SERVANDA, ao direito é indiferente a situação a que fique reduzido para cumprir a palavra dada."

Ressalta-se que até mesmo o PROCON do ERGS já decidiu quanto a matéria, e de forma favorável à empresa autora:

"ENTENDEMOS QUE A COBRANÇA DA TAXA DE EMISSÃO DE FATURA NÃO CONSTITUI PRÁTICA INFRATIVA AO CDC - LEI 8078/90. 11/11/2003 - PROCON/RS"

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

O Ministério Público do ERGS, também pronunciou-se sobre a legalidade de cobrança de taxa de emissão de boleto, *in verbis*:

"DESSA FORMA, A COBRANÇA DE TAXA DE EMISSÃO DA FATURA DOS USUÁRIOS DO CARTÃO BOURBON/ZAFFARI NÃO SE MOSTRA ABUSIVA. ADEMAIS, NA FORMAÇÃO DE SUA CLIENTELA, O INVESTIGADO DEVE TER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO CRITÉRIOS PRÓPRIOS, OS QUAIS LHE PERMITEM CONCEDER CONDIÇÕES ESPECIAIS A ESSES CONSUMIDORES, MEDIANTE COBRANÇA DA TAXA DE EMISSÃO DA FATURA, APÓS PRÉVIA E CLARA INFORMAÇÃO, O QUE NÃO É VEDADO PELA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. - MINISTÉRIO PÚBLICO DE DEFESA DO CONSUMIDOR"

Para corroborar cabalmente a legalidade da cobrança da taxa, cabível referir o entendimento pacífico do TJRS:

"CONSUMIDOR. CARTÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO POR COBRANÇA DE TAXA DE EMISSÃO DE FATURA NÃO DEMONSTRADA. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DO PACTO. DANO MORAL INEXISTENTE. RECURSO IMPROVIDO" - PODER JUDICIÁRIO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 2ª TURMA RECURSAL CÍVEL. Nº 71000566281 - RECORRIDA: BOURBON ADMINISTRAÇÃO DE CARTÕES DE CRÉDITO COMÉRCIO PARTICIPAÇÃO"

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÕES DE CRÉDITO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE EMISSÃO DE FATURA NÃO DEMONSTRADA. POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DO CONTRATO. DANO MORAL INEXISTENTE. APELO DESPROVIDO". PODER JUDICIÁRIO - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL - REGIME DE EXCEÇÃO. Nº 70014397251 - APELADA: BOURBON ADMINISTRAÇÃO DE CARTÕES DE CRÉDITO COMÉRCIO PARTICIPAÇÃO."

Do que se depreende que ao consumidor são oferecidas as diversas formas de pagamento, expressamente arroladas no contrato de assinatura (anexo),

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

sendo este o óbice para manutenção, também, da pena aplicada e neste momento combatida.

De modo que, no momento em que é realizada a contratação do serviço, o consumidor, repita-se, opta dentre as várias modalidades de cobrança oferecidas, a que mais lhe interessa, tendo plena ciência do ônus de cada uma delas.

Sabendo da existência de taxa para emissão de boleto, poderia optar por débito em conta corrente ou cartão de crédito.

Diga-se mais, no caso de débito direto no cartão de crédito ou conta, basta para a Demandante a geração de um arquivo eletrônico, com todos os pedidos de débito e envio deste para o Banco ou operadora de cartões, motivo pelo qual, referido procedimento não acarreta custos ao cliente.

Note-se, enquanto no procedimento de boleto a Autora tem custos com impressão, envio e despesas bancárias, nos outros dois estes não existem, vez que apenas e tão somente são remetidos, via eletrônica aos meios pagadores, sendo ínfimo o gasto, podendo então ser por ela suportado.

Nesta toada cabe ao consumidor suportar os custos das quantias gastas pela Empresa, pois é fato que estes não precisam ser necessariamente arcados pela Apelante. Quando esta dá ao seu cliente mais de uma opção de pagamento e ressalta que em uma delas haverá custo, o procedimento, então, nada tem de ilícito, pelo contrário, obedece estritamente o dever de informação contido no código de defesa do consumidor.

**IV - DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE
E DA RAZOABILIDADE – Art. 5º, inciso II e art. 37 Caput da
Constituição Federal.**

Os arts. 55, §4º e 57, do CDC e os arts. 28 e 33, §§ 1º e 2º do Decreto Federal n.º 2.181/97 desrespeitam o princípio da proporcionalidade, posto que, sem qualquer razoabilidade, atingem o núcleo fundamental do direito ao sigilo econômico. Este princípio, na famosa lição do constitucionalista e juiz da Corte Constitucional alemã, KONRAD HESSE (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ª edição, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 1995, p.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

142), é composto de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

"Já que os direitos fundamentais, também enquanto estiverem protegidos pela reserva de lei, fazem parte da ordem constitucional, essa relação de proporcionalidade não pode jamais ser definida de maneira que uma garantia fundamental tenha sua eficácia na vida da comunidade limitada mais que o necessário ou suprimida. A restrição a direitos fundamentais deve ser portanto adequada para proteger o bem jurídico em virtude do qual ela é feita. Ela deve também ser necessária, o que não será o caso se um meio menos gravoso for suficiente. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido estrito, isto é, estar em correta relação com o peso e a significação do direito fundamental."

Esta lição vem encontrando acolhida entre nós, como, por ex., em LUIS ROBERTO BARROSO, (*Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 209):

"Assim é que dele se extraem os requisitos: (a) da adequação (...); (b) da necessidade ou exigibilidade (...); (c) da proporcionalidade em sentido estrito (...)".

Nesse ponto, verifica-se, objetivamente, que a tríplice exigência do princípio da razoabilidade não foi respeitada no caso em exame, sabido que **"ocorre o arbítrio toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta."** (PAULO BONAVIDES, in *Curso de Direito Constitucional*, 7 edição, Malheiros, 1997, p.755).

Diga-se que existem à disposição da fiscalização outros meios menos gravosos aos direitos da liberdade da Autora aqui atingidos despidos de situação jurídico-factual concreta e de forma indiscriminada. Ao PROCON sempre foi e é possível recorrer ao Judiciário para, em vista de fundamento justificado, vindicar o afastamento das salvaguardas em debate.

E assim, alcançando a terceira exigência, se o legislador poderia ter escolhido outro meio, ou se esse outro meio já existe, a derrogação, *in casu*, das

garantias constitucionais, desde que não se duvide que "o respeito aos direitos fundamentais é o centro de gravidade da ordem jurídica" (P. BONAVIDES, ob. cit.), é maior e desproporcional que qualquer benefício que o Poder Público, com a devassa pretendida, pudesse auferir, no caso, patrimonial.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressamente dispostos no texto constitucional embora tenha sido cogitada a inserção do primeiro quando da elaboração da Carta Magna de 1988. Parte da doutrina, tais como Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, considera o princípio da razoabilidade como uma vertente do princípio da proporcionalidade.

Tais princípios realmente possuem uma relação muito estreita na medida em que complementam um ao outro. Ambos aduzem à idéia de justiça, apresentando conformidade com a nova realidade que surgiu com o pós-positivismo jurídico, isto é, a necessidade de que as decisões não mais busquem somente a legalidade estrita, mas que procurem atender a outros valores que levem a uma decisão justa e razoável.

Não obstante, é possível estabelecer uma distinção entre ambos princípios. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, uma conduta é razoável quando ela se apóia em razões suficientes, adequadas, justas, enfim, aptas a atingir as finalidades da norma jurídica que lhe dá suporte.² Já Odete Medauar concebe o princípio da razoabilidade como "a qualidade dos valores buscados na conduta administrativa para a concretização do interesse público específico"³, distinguindo-a do princípio da proporcionalidade "que se relaciona com a conformidade entre os meios utilizados e o fim visado pela conduta administrativa".

Infere-se das conceituações acima que o princípio da razoabilidade guarda conformidade com a maneira pela qual devem ser alcançados os fins da norma. Luís Roberto Barroso, a esse respeito, informa que "É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes

² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994

³ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002

em dado momento ou lugar"⁴ Trata-se, como se pode perceber, de conceitos cujo conteúdo é bastante amplo, motivo pelo qual se deve avaliar perante o caso concreto a existência ou não de conformidade do ato com o princípio da razoabilidade.

A Lei 9.784/99 no inciso VI do artigo 2º assim concebe o princípio da proporcionalidade: "VI - adequação entre meios e fins, vedada à imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". Deduz-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade consiste na adequação das medidas adotadas às finalidades contidas na norma.

Dessa forma, mesmo que a finalidade da norma seja atingida, se o meio utilizado não foi proporcional, o ato poderá ser anulado. O princípio da proporcionalidade é, pois, também meio de se efetuar o controle sobre os atos administrativos discricionários.

O próprio Superior Tribunal de Justiça entende que:

*"Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. (...) O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade."*⁵

A Ministra Eliana Calmon, com muita propriedade, ensina, no mesmo norte:

"No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o facere ou non facere, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. (...) Não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁵ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RST vol. 187 p. 219.

poucos, o caráter de liberdade total do Administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle."⁶

Mais, é totalmente passível de reforma a própria multa impingida, fazendo com que esta seja adequada aos princípios constitucionais já amplamente analisados na presente manifestação, motivando-se, especialmente pelo abuso cometido pelo órgão consumerista, quando considera o faturamento da empresa como um todo para fixação da pena, enquanto a Autora tem por base setores divididos, com receitas e despesas diferentes.

Explica-se, o álbum Disney Stars é produzido por uma **Unidade de Negócios da Editora que possui: orçamento próprio, receitas e despesas específicas, que não guardam qualquer relação com os demais negócios da empresa**, estes das mais diversas naturezas, como se pode verificar pela simples leitura de seu objeto social.

No caso da Unidade de Negócios em questão que envolve o negócio de livros ilustrados e cromos **o seu faturamento bruto para todo o ano de 2007 foi de aproximados R\$ 13,0 milhões, ou seja, não mais do que R\$ 1,1 milhão por mês.**

Nesse sentido, ainda que a capacidade econômica deva ser levada em conta como função coercitiva quando da fixação de uma multa imposta por esse órgão, esta certamente **deverá incidir sobre o faturamento do produto específico sobre o qual eventualmente a empresa infratora teria auferido vantagem**, jamais levando em consideração critérios subjetivos ou que englobem o faturamento de todas as suas demais atividades econômicas.

V. – DOS PEDIDOS

Estes resumidos fundamentos destinam-se a comprovar a indubitosa ilegalidade do ato administrativo que fixou a multa combatida, em razão da conduta ilibada e permitida adotada pela Autora.

⁶ Idem. Trecho do voto da relatora Ministra Eliana Calmon

Positivada também a incompatibilidade material com as garantias sedimentadas no texto constitucional reportando-se aos artigos 5º, 37 e 93, os quais restaram totalmente violados.

Com efeito, em face de todo o exposto, é a presente ação para requerer, mui respeitosamente:

(i) A concessão da medida liminar inaudita altera pars para:
(i.a) determinar a expedição de ofício ao Departamento Estadual da Dívida Ativa e de qualquer outro cadastro protetivo, para que não sejam inscritos os valores relacionados na intimação recebida pela Editora, até a decisão final de mérito referente à matéria aqui suscitada, ou alternativamente;
(i.b) permitir a juntada de fiança bancária ou seguro garantia judicial, com vistas a caucionar a presente demanda, com posterior deferimento da medida acautelatória para fins de obstar a inscrição da Empresa em cadastros restritivos ou da dívida ativa Estadual/Municipal, caso não seja acolhido o pedido contido no item i.a supra.

(ii) A citação da parte *ex adversa* para que responda ao inteiro teor desta ação, querendo, sob pena de confissão e de revelia;

(iii) O julgamento de procedência da ação para o fim de declarar nulo o ato administrativo que fixou a multa atacada, face os argumentos até aqui esgrimidos;

(iv) A ratificação da liminar, caso concedida *initio litis*, determinando definitivamente ao Departamento Estadual da Dívida Ativa que não promova a inscrição dos valores discutidos nos autos, ou, por fim:

(v) seja reduzida a pena aplicada, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial a juntada posterior de documentos e o depoimento pessoal da parte Ré.

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034

Dá-se a causa o valor de R\$ 322.936,06

Por fim, requer, novamente, sejam todas as publicações alusivas ao presente feito realizadas, única e exclusivamente, em nome das patronas Alessandra Arantes Nuzzo e Vanessa Arantes Nuzzo, regularmente inscritas na OAB/SP sob os números 263.752 e 181.567, respectivamente, com escritório profissional à Rua Original, n° 131, Vila Madalena, São Paulo/SP, CEP 05435-040.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

De Porto Alegre para São Paulo, 28 de setembro de 2010.

Alessandra Arantes Nuzzo
ALESSANDRA ARANTES NUZZO
OAB/SP 263.752

VANESSA ARANTES NUZZO
OAB/SP 181.567

Rua Castro Alves, 465 Independência - Porto Alegre/RS
CEP 90430-131 (51) 3019.8929/3017.8458

Rua Original, 131 Vila Madalena - São Paulo/SP
Cep 05435-040 (11) 2501.1034