17/04

ADVOGADOS ASSOCIADOS



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA <u>5ª (QUINTA)</u> VARA DA <u>FAZENDA PÚBLICA</u> DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

75P-5*0F.FAZ.PUBLICA-16/ABR/2013 15:40 (107657

Processo nº 0008196-14.2011.8.26.0053

Ref.: Contrarrazões ao recurso de apelação

LEÃO ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., atual denominação de SABB – SISTEMA DE ALIMENTOS E BEBIDAS DO BRASIL LTDA. (documento 01), por seus advogados subscritores da presente, nos autos da Ação Anulatória que move em face de FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, em atenção à respeitável decisão publicada em 27 de março de 2013 e com fulcro no artigo 508 combinado com o artigo 518 do Código de Processo Civil, apresentar as anexas contrarrazões de apelação, pelos motivos abaixo alegados, as quais se espera sejam recebidas, remetidas à superior instância e integralmente acolhidas.

Av. Chedid Jafet, 222 - 3" Andar - BL. 6 São Paulo - SP - 04551-065 Tel.: (55 11) 3050-2150 Fax.: (55 11) 3050-2151 Rua Libero Badaró, 425 – 11° Andar São Paulo - SP – 01009-905 Tel.: (55 11) 2165-2000 Fax: (55 11) 2165-2022 Rua da Assembléia, 10 - Cj. 3108/9 Rio de Janeiro - RJ - 20011-901 Tel/Fax: (55 21) 2221-5470 Av. Contorno, 7,069 - St. 102 Belo Horizonte - MG - 30110-043 Tel.: (55 31) 3318-6563 Fax: (55 31) 3317-9757 www.rfaa.com.br

1J-971-3.14+72PUB/AC/TR-15-45r-2013-17:34-757405-1/3

ADVOGADOS ASSOCIADOS



Outrossim, requer que as intimações dos atos processuais sejam realizadas nas pessoas de seus patronos RONALDO RAYES inscrito na OAB/SP sob nº. 114.521 e JOÃO PAULO FOGAÇA DE ALMEIDA FAGUNDES, inscrito na OAB/SP sob nº. 154.384, sob pena de nulidade da intimação.

Nestes termos, Pede-se deferimento. São Paulo, 12 de abril de 2013.

João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes OAB/SP 154.384 Sylvie Boëchat OAB/SP 151.271

Ligia Azevedo Ribeir OAB/SP 282.856

Pasta 46222 JPF/SB/LR

F:\Contencioso Civel\Leão Junior S.A. (888)\Leão Alimentos (SABB) - PROCON-SP - Ação Anulatória - Contrarrazões.doc

ADVOGADOS ASSOCIADOS



CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

Apelante:

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO

CONSUMIDOR – PROCON

Apelada:

LEÃO ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

EGRÉGIO TRIBUNAL, COLENDA CÂMARA, ÍNCLITOS JULGADORES

Inconformada com a respeitável sentença prolatada pelo douto Juízo *a quo*, a ré, ora apelante, interpôs o presente recurso de apelação com o intuito de ver reformada a respeitável decisão, a fim de manter a validade da multa arbitrada indevidamente pelo Procon, em razão de supostas irregularidades em uma campanha publicitária promovida pela apelada.

No entanto, razão não assiste à apelante, pois nos exatos termos da decisão ora atacada, não há que se falar em irregularidades na campanha publicitária em questão, conforme se passa a demonstrar.



ADVOGADOS ASSOCIADOS



1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, apenas para evitar contratempos desnecessários, cumpre à apelada esclarecer sobre a tempestividade da presente contrarrazões recursal.

Conforme se observa dos autos, a intimação para apresentação de resposta ao recurso de apelação foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 26/03/2013 (terça-feira), sendo certo que, a publicação ocorreu em 27/03/2013 (quarta-feira).

No entanto, em razão do Provimento nº 2.023/2013 (documento 02), não houve expediente forense nos dias 28/03/2013 e 29/03/2013¹, razão pela qual o início do prazo se deu em 01/04/2013 (segunda-feira).

Dessa forma, considerando o disposto no artigo 508² do Código de Processo Civil, é certo que o prazo para apresentação de resposta ao recurso se encerra em 15 de abril de 2013.

DAS ALEGAÇÕES DA APELANTE

A apelante, inconformada com a respeitável sentença proferida, busca em sede de apelação a reforma da decisão que afastou anulou o auto de infração nº 0595 - série D7, instaurado pela apelante, em razão de supostas irregularidades em uma campanha publicitária, denominada "Programação Del Valle Espremidinhos", veiculada pela apelada.

A fim de reformar a decisão proferida, a apelante repete nos autos as alegações trazidas em sede de contestação, das quais se conclui que pretende a manutenção

4

¹ Artigo 1º - No exercício de 2013 não haverá expediente no Foro Judicial de Primeira e Segunda Instâncias do Estado e na Secretaria do Tribunal de Justiça, nos seguintes dias: (...)28 de março - quinta-feira - Endoenças; 29 de março - sextafeira – Paixão;

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

ADVOGADOS ASSOCIADOS



da multa aplicada, unicamente porque a campanha publicitária se destina ao público infantil, o que não pode ser admitido.

2. DA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

2.1. DA ABSOLUTA INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NA PROMOÇÃO OBJETO DE AUTUAÇÃO

Conforme corretamente reconhecido pela r. sentença guerreada, <u>a autuação</u> realizada pela apelante, baseada em argumentação desenvolvida pelo Instituto Alana, em sua representação, toma por pressuposto o fato de que toda propaganda ou promoção direcionada ao público infantil deve ser considerada abusiva.

Com efeito, apesar de não haver menção expressa a tal premissa, não há como se entender de forma contrária após simples leitura da representação (folhas 292 em diante do anexo documento 03 da inicial) e do auto de infração (folhas 02/03 do documento 03 da inicial) e o próprio recurso de apelação, ora combatido, se utiliza de 6 (seis) laudas para falar sobre o público alvo da campanha.

Basta ver, nesse sentido, que a primeira das "abusividades" apontadas pelo Instituto Alana em sua representação diz respeito, exatamente, ao fato de a campanha publicitária ser destinada ao público infantil ("Público alvo da promoção: crianças"). Neste tópico, o Instituto Alana dedica-se exclusivamente a apontar diversos elementos da campanha que demonstram que o público alvo da promoção são as crianças — pressupondo, apenas por conta disso, sua abusividade.

No entanto, fato é que a apelada jamais negou que a campanha "Del Valle Espremidinhos" foi direcionada ao público infantil. E nem teria porque negar tal fato, já que o simples fato de a publicidade ser direcionada ao público infantil não faz com que, apenas por isso, deva ela ser considerada abusiva, como bem acatado pelo





ADVOGADOS ASSOCIADOS



<u>Juízo a quo</u>. Com efeito, basta ligar a TV, ou o rádio, ou acessar a internet ou qualquer outro meio de comunicação, para verificar que boa parte das campanhas publicitárias existentes é veiculada diretamente ao público infantil — sem que daí se infrinja qualquer norma ou preceito jurídico.

A respeito da publicidade infantil, aliás, há que se reconhecer a polêmica encerrada pela questão. Psicólogos, publicitários e educadores não chegam a consenso algum quando se trata do tema. Há posições para todos: desde aqueles que defendem a desnecessidade de regulamentação específica, quanto aqueles mais radicais (como o Instituto Alana), que se posicionam a favor da absoluta proibição de veiculação de campanhas publicitárias a crianças.

Apesar de toda a controvérsia existente sobre o tema, é evidente que a criança, por ter um grau de desenvolvimento e discernimento diferente do de um adulto, não pode ser exposta aos mesmos instrumentos de propaganda. A Constituição, a Lei e o próprio setor publicitário reconhecem a necessidade de se impor limites à publicidade infantil, evitando-se a prática de abusos.

A apelada de forma alguma se mostra alheia a tal necessidade. Tanto assim que, desde agosto de 2009, a apelada – na condição de empresa membro do grupo "Coca-Cola" – segue integralmente os termos do "Compromisso Público de Publicidade Responsável" subscrito por diversas empresas do ramo alimentício (anexo documento 05 da inicial), o qual cuida de estabelecer uma série de diretrizes e limitações à propaganda publicitária veiculada diretamente ao público infantil.

Além disso, <u>a apelada sempre se sujeitou e deu cumprimento às normas de autorregulamentação estabelecidas pelo CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) — que possui, aliás, preceitos especificamente referentes a normas éticas a serem seguidas na veiculação de campanhas dirigidas ao público infantil.</u>

O Código Nacional de Autorregulamentação Publicitária - documento erigido pelo CONAR que contém as normas de autorregulamentação aplicáveis ao setor





publicitário – contém, em seu artigo 37³ (documento 06), uma série de normas específicas relativas à publicidade infantil.

De se observar, neste aspecto, que ao contrário do quanto alegado em apelação, todas as normas erigidas pelo CONAR que contêm referência à publicidade direcionada ao público infantil foram efetivamente respeitadas pela campanha "Del Valle Espremidinhos".

Com efeito, da análise de tais normas, não se encontra uma só disposição cujo desrespeito possa ser invocado. Muito embora o auto de infração faça referência genérica ao caput do artigo 37 do Código de Autorregulamentação Publicitária, aduzindo que a campanha configura-se como "estímulo imperativo de compra", fato é que, à semelhança do que ocorre com o restante da argumentação desenvolvida no auto de infração, não há referência a qualquer elemento concreto capaz de justificar essa afirmação.

Parágrafo I

Crianças e adolescentes não deverão figurar como modelos publicitários em anúncio que promova o consumo de quaisquer bens e serviços incompatíveis com sua condição, tais como armas de fogo, bebidas alcoólicas, cigarros, fogos de artifício e loterias, e todos os demais igualmente afetados por restrição legal.

Parágrafo 2º

O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação a mais restritiva para todas as normas aqui dispostas.

Nota: Nesta Seção adotaram-se os parâmetros definidos no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade."

5.

λ,

^{3 -} Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;

b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;

c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;

d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;

e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;

h, apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares:

i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

h. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

e, abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

ADVOGADOS ASSOCIADOS



A apelada, que sempre se conduz com base nas melhores práticas de publicidade recomendadas pelo CONAR, não abriu qualquer exceção no caso da campanha "Del Valle Espremidinhos". Houve o pleno respeito a todas as normas e exigências estabelecidas pelo órgão de autorregulamentação do setor.

Nesse ponto, em sede de apelação a Apelante tenta desvirtuar o laudo de infração, na tentativa de induzir esses Ínclitos julgados a erro, dando ao auto de infração fundamentação que não existiu.

Observa-se, com efeito, que a fundamentação dos pareceres técnicos acolhidos durante o procedimento administrativo se dá com base em meras suposições, sem qualquer embasamento fático ou legal. Houve discricionariedade onde a lei não permite - o que, como se verá abaixo, demonstra a arbitrariedade e, por consequência, a nulidade dos atos ora combatidos.

Como já observado, a promoção consistia, tão somente, na entrega de um brinde (um boneco de pano) caso o consumidor adquirisse cinco litros em produtos Del Valle numa mesma compra. Apenas isso. Não há, aqui, absolutamente nenhum elemento que indique qualquer caráter de abusividade em tal promoção - que, aliás, assemelha-se muito a uma plêiade de outras promoções que, cotidianamente, são veiculadas no mercado de consumo, o que também foi reconhecido pela r. sentença impugnada.

Como se observa da análise de todas as manifestações técnicas e pareceres produzidos nos autos do procedimento administrativo nº 1927/08, não há, em lugar algum, descrição clara de qual seria a característica da promoção que a revestiria de abusividade.

Ora se fala que os bonecos são "atrativos para as crianças"; ora se diz que são colecionáveis; ora se insinua tratar-se de venda casada (o que é um absurdo, levando-se em conta que não há qualquer acréscimo no preço do produto ao consumidor); ora se faz referência às cores e textos utilizados no site da promoção.

Mas, na maior parte do tempo, a argumentação desenvolvida pelo PROCON limita-se a afirmar, categoricamente – e sem qualquer elemento concreto que demonstre isso -, que a promoção "aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência do público infantil" (como se a simples repetição dessa

<u>~</u>.

ADVOGADOS ASSOCIADOS



afirmação, sem demonstração dos motivos, fosse fazer com que se tornasse realidade).

No entanto, basta uma simples análise das razões apontadas pelo PROCON para que se conclua que <u>não há nem jamais houve, em ponto algum da promoção, qualquer elemento que configure desrespeito a normas jurídicas, nem que a revista de abusividade</u>. Como demonstrado, o simples fato de a promoção ser dirigida a crianças não a torna ilícita, quanto menos passível de aplicação de sanção administrativa.

A jurisprudência, nesse sentido, é unânime em reconhecer a completa inexistência de abusividade em casos semelhantes, conforme se lê de decisão recente preferida por esse Egrégio Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

"A apelante requer a reforma do julgado, sustentando, em resumo, que: (a) a publicidade era abusiva e feriu o disposto no art. 37, § 2º, do CDC, que é autoaplicável; (b) há norma que proíbe a publicidade abusiva envolvendo crianças, tais como o art. 227 da Constituição Federal, o citado art. 37 do CDC e os arts. 4°, 5°, 6°, 7° 17 e 18 do ECA; (...)(d) houve impacto publicitário pernicioso no público infantil, conforme estudos internacionais e pátrios; (e) as crianças não têm capacidade de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas e, portanto, não conseguem se defender do consumo excessivo de alimentos não saudáveis produzidos pela autora, o que reflete em danos à saúde delas, na fase adulta; (...) Vistos. A empresa Sadia S/A (autora), por ocasião dos Jogos Pan-Americanos de 2007, veiculou campanha publicitária destinada ao público infanto-juvenil denominada "Mascotes Sadia", cujo mote era a aquisição de um mascote da autora, caracterizado em 5 (cinco) versões diferentes, respeitando-se 5 (cinco) categorias esportivas distintas, representadas em diferentes uniformes que o boneco ostentava. Para tal, o público-alvo da campanha, circunscrita à região da Grande São Paulo (fls. 253), deveria juntar 5 (cinco) selos coloridos, mediante a aquisição de certos produtos fabricados pela empresa autora, e, por mais R\$ 3,00 (três reais), trocá-los por um dos referidos mascotes. (...) Em outras palavras, porque a publicidade é arte de inflamar a vontade de compra, em persuasão dirigida à decisão e à ação de consumir, e, porque neste processo (da campanha ao consumo) os





ADVOGADOS ASSOCIADOS



infantes e jovens participam apenas no campo do fomento do desejo, quiçá expresso no âmbito doméstico - uma vez que a decisão e a compra (ação consumidora) dos produtos alimentícios apontados estão concentrados na pessoa dos adultos (pais ou responsáveis dos menores) -, impõe-se admitir que não há, propriamente, exploração de "deficiência de julgamento e experiência" diretamente amarrada ao ponto final do consumo (decisório e operante). Sob outra ótica, não se vê na campanha em questão desrespeito à criança, nem opressão, nem desleal estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, por aguda interferência no ânimo infantil direcionado a distorcer a capacidade decisória da família consumidora, a ponto de se afirmar agressão à pessoas hipossuficientes e necessidade de sua tutela, ou punição da empresa promotora desta campanha. (Processo nº 0025180-44.2009.8.26.0053, Apelação, Relator(a): Vicente de Abreu Amadei, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 1º Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 27/11/2012, Data de registro: 28/11/2012, Outros números: 251804420098260053) (documento 03)

Seja como for, fato é que não há norma alguma (nem mesmo de autorregulamentação) que determine a proibição de publicidade de alimentos ao público infantil. O fato de a apelada, por vontade própria, respeitar as diretrizes estabelecidas no "Compromisso Público de Publicidade Responsável" firmado por importantes empresas do setor alimentício, não tem o condão de alterar esta realidade. Não cabe ao PROCON, portanto, enxergar proibição onde a lei não a determina. O PROCON, órgão fiscalizador da legislação consumerista, não pode de forma alguma pretender arrolar-se como órgão normativo do ramo de publicidade em alimentos, já que tal competência, como dito acima, é constitucionalmente reservada à Lei Federal.

Ao assim agir, conclui-se que o PROCON: (i) exacerbou os limites de sua atuação, agindo como órgão normativo, com a ingerência em matéria que não é de sua competência analisar; (ii) se valeu de uma série de critérios subjetivos e discricionários para a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) ignorou solenemente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, que em momento algum vedam a publicidade dirigida ao público infantil – apenas exigindo que tal publicidade respeite os demais princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico.

ADVOGADOS ASSOCIADOS

713

Assim, evidente não haver no recurso interposto qualquer alegação que apta a alterar o entendimento adotado pelo Juiz singular, uma vez que inteiramente descabida a autuação, havendo de ser integralmente mantida a r. sentença que anulou a decisão administrativa tomada nos autos do no processo administrativo nº 1927/08, e cancelou, em definitivo, a multa imposta contra a apelada.

2.2. DA INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ABUSO DE PODER. EXTRAPOLAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA APELANTE.

Como já observado acima, o auto de infração lavrado pelo PROCON baseiase numa suposta ilicitude da promoção "Del Valle Espremidinhos", entendo que tal campanha é abusiva na medida em que dirigida ao público infantil – aproveitando-se, supostamente, da "vulnerabilidade" das crianças para promover as vendas dos produtos Dell Valle.

Todavia, como bem reconhecido na decisão ora atacada, a campanha veiculada pela apelada ateve-se às melhores práticas de propaganda reconhecidas pelo mercado publicitário, além de atender plenamente a todas as normas éticas de autorregulamentação estabelecidas pelo CONAR no que diz respeito à publicidade dirigida ao público infantil. Não houve qualquer abusividade na campanha — e apenas tal circunstância já seria suficiente para manter a decisão que entendeu pelo descabimento da autuação.

No entanto, há outra questão que não pode deixar de ser observada, uma vez que a Apelante tenta fazer parecer haver regulamentação específica para campanha publicitária infantil. Vejamos.

Muito embora seja reconhecida a necessidade de respeito a padrões éticos quando se fala em publicidade dirigida a crianças, é fato que <u>não há, em qualquer ponto do ordenamento jurídico, seja na esfera legal ou regulamentar, qualquer norma que proíba a realização de publicidade de alimentos especificamente dirigida ao público infantil.</u>

ADVOGADOS ASSOCIADOS



Deve-se observar, neste passo, que a própria decisão do recurso administrativo bem reconhece que ainda não existe, no ordenamento jurídico, nenhuma norma que proíba a realização de publicidade direcionada ao público infantil. Muito embora haja algumas discussões — polêmicas — a respeito, bem como um projeto de lei ainda em fase de tramitação, fato é que, até o presente momento, não há norma alguma que limite ou restrinja a realização de publicidade direcionada a crianças.

Com efeito, deve-se lembrar, neste passo, que o PROCON não tem competência para editar nem integrar normas, sendo órgão meramente fiscalizatório da legislação consumerista. O papel do PROCON é, apenas, o de fiscalizar se estão sendo cumpridas as normas editadas pelos órgãos reguladores competentes.

No caso específico da publicidade, como se viu, a competência para instituir proibições ou restrições de qualquer natureza não fica nas mãos de qualquer órgão regulador – trata-se, isso sim, de matéria reservada exclusivamente a **Lei Federal**, conforme claramente estabelecido no artigo 220, § 3°, da Constituição Federal:

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 3° - Compete à <u>lei federal</u>:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

A respeito da aplicabilidade do mencionado dispositivo, é de se observar que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA editou, recentemente a Resolução RDC nº 24, de 15 de junho de 2010, por meio da qual "dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas" no que tange a alimentos considerados não saudáveis.

495 644

ADVOGADOS ASSOCIADOS

Vale dizer: através de tal resolução, a ANVISA tentou impor uma série de restrições à veiculação de publicidade de alimentos considerados "não-saudáveis", sob o pretexto de estar exercendo sua competência legal de órgão regulador do setor de alimentos.

No entanto, tão logo tal resolução foi editada, já foi objeto de inúmeras impugnações judiciais – que versavam, exatamente, sobre o fato de a ANVISA não ter qualquer competência para criar normas restritivas ao setor de publicidade, cuja competência, por dispositivo constitucional expresso, fica reservada à Lei Federal.

De forma praticamente unânime, os Juízos e Tribunais decidiram pela suspensão liminar da eficácia da Resolução RDC nº 24/2010, justamente por reconhecer que a competência para instituir restrições à propaganda é matéria de reserva legal⁴.

Neste sentido, importa observar que, se não é da ANVISA o papel de regulamentar a publicidade (mesmo dentro de seu setor específico, de alimentos), muito menos deverá tal papel caber ao PROCON — órgão que deve se limitar à aplicação da legislação de consumo, e que sequer tem competência para criar normas dentro de seu âmbito de atuação (posto tratar-se de órgão de fiscalização, e não normativo).

Assim, a bem da verdade, não há nada na legislação — muito menos na legislação consumerista — que determinasse à requerente se abster de veicular a promoção "Del Valle Espremidinhos" na forma como veiculada.

Assim, não há como chegar a outra conclusão que não a de que <u>o auto de</u> <u>infração lavrado pelo PROCON pretende punir a apelada pela realização de um ato</u> que não está proibido, de forma alguma, nas normas legais aplicáveis.

A esse respeito, nunca é demais lembrar que o art. 5°, inciso II, da Constituição Federal Brasileira dispõe que "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Isto é, o particular não pode ser compelido a observar quaisquer exigências que não estejam explícita e claramente estipuladas em lei:

Documento recebido eletronicamente da origem

1.

⁴ Vide, a esse respeito, os anexos que integram o documento 07.

ADVOGADOS ASSOCIADOS



"Art. 5° (...)

// - <u>ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma</u> coisa senão em virtude de lei;

(...)

XIII - <u>é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer..."</u>

Observa-se, portanto, que <u>não se pode punir a apelada por praticar ato</u> <u>que não é de forma alguma proibido por lei</u>. Não se pode puni-la pelo descumprimento de qualquer "obrigação" se esta não possui fundamento legal.

Basta, com efeito, uma simples leitura do auto de infração e da decisão do recurso para que se conclua que a punição da apelada se deu por entendimento pautado em argumentos e interpretações que não possuem qualquer base legal ou regulamentar, em indevida ingerência em área reservada constitucionalmente a Lei Federal — o que, além de ser arbitrário, fere o princípio da legalidade e da livre iniciativa da requerente.

Como se sabe, os entes integrantes da administração pública estão sujeitos à observância de diversos princípios, dentre eles o princípio da legalidade. A esse respeito, oportunos os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁵:

"Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (...) Em decorrência disso, a Administração pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei".

A imposição de quaisquer medidas adicionais configura, com a devida vênia, arbítrio da apelante, visto que baseadas em critérios puramente subjetivos e desprovidas de amparo legal. Enfatize-se que o agente público deve primar sempre pela legalidade e pela impessoalidade dos atos administrativos, as quais impõem o afastamento de qualquer subjetividade na regulamentação e fiscalização da vida do particular.

Z.

T

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editora Atlas, 2004, p 68.

ADVOGADOS ASSOCIADOS



Se assim não agiu a apelante, há desvio ou abuso de poder. É válida a lição de BANDEIRA DE MELLO⁶ acerca da teoria de desvio de poder:

"... Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado. Há, em conseqüência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzidos na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado..."

E, de acordo com JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

"...Excesso de poder é a forma de abuso própria do agente <u>fora dos</u> <u>limites de sua competência administrativa</u>. Nesse caso, ou o agente invade atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu..."

Na hipótese vertente, poder-se-ia, mesmo, cogitar de abuso de poder, na modalidade excesso de poder, eis que a autuação e imposição de multa pela apelante se deu em <u>extrapolação aos limites de sua competência administrativa</u>, invadindo atribuições reservadas pela Constituição ao Legislador Federal, e se arrogando ainda no exercício de atividades a que a lei não lhe conferiu competência.

Tanto assim que, como mencionado e reconhecido em sentença, o auto de infração lavrado pelo PROCON não menciona em momento algum qual artigo de lei ou determinação regulamentar foi infringido pela requerida durante a campanha promocional "Del Valle Espremidinhos", limitando-se a basear a aplicação da penalidade num suposto descumprimento ao artigo 37, § 2°, do Código de Defesa do Consumidor – norma portadora de **conceito jurídico indeterminado**, carente de regulamentação específica para que possa ser aplicada na prática.

De fato, o conceito de publicidade abusiva, trazido pelo caput do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, é conhecido na doutrina como **conceito jurídico indeterminado**, isto é, expressão de critérios jurídicos abertos, vagos em sua interpretação,





⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 17º ed., Malheiros.

ADVOGADOS ASSOCIADOS



os quais servem como <u>diretivas de conduta</u>. Estes conceitos são, por óbvio, <u>condicionados às demais disposições legais e regulamentares co-existentes</u>.

Vale traçar um paralelo entre discricionariedade administrativa e conceito jurídico indeterminado, para se demonstrar bem as diferenças entre os dois. Discricionariedade administrativa é "a <u>margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger</u>, segundo critérios consistentes de razoabilidade, <u>um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis</u>, ... a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da <u>finalidade legal</u>".

Por seu turno, conceitos jurídicos indeterminados, nos dizeres de SAINZ MORENO⁸, "son expresión de criterios jurídicos y, por tanto, constituyen la expresión de ideas rectoras de las decisiones administrativas, <u>en ningún caso fuente de discricionariedad</u>".

Já ANTONIO FRANCISCO DE SOUSA⁹ observa que o tema "conceitos jurídicos indeterminados" possui peculiaridade no âmbito do Direito Administrativo, já que no Direito Civil e Penal o Poder Judiciário é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto, enquanto naquele, o juiz tem a função de fiscalizar se a Administração deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos.

Os conceitos jurídicos indeterminados não comprometem o controle jurisdicional, uma vez que se tratam de interpretação de norma – juízo de legalidade – e não uma mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade.

No caso em comento, a apelante <u>interpretou o conceito de "publicidade</u> abusiva" de forma absolutamente subjetiva, e com fundamentos baseados em meras especulações, invadindo campo de competência que a própria Constituição deixou reservado à Lei Federal.

Assim, diante de todo o exposto, haverá esse Egrégio Tribunal de <u>manter a r.</u> <u>sentença guerreada</u>, com a manutenção da anulação do Processo Administrativo em questão e cancelamento da multa arbitrariamente aplicada à apelada.

⁹ SOUSA, Antonio Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.18.



⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2º Ed., 2003. São Paulo: Editora Malheiros, p. 48.

⁸ "Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa", Madrid, Ed Civitas, 1976, p. 312.

ADVOGADOS ASSOCIADOS



3. DA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO VALOR DA MULTA.

Sem prejuízo de todo o quanto acima exposto, caso esse Egrégio Tribunal entenda pela reforma da decisão singular, o que se admite por argumentar, ainda que fosse o caso de falar-se na infração ao dispositivo apontado e, portanto, de aplicação de penalidade de multa à apelada, cumpre ressaltar que a fixação do quantum da penalidade pautouse em critérios absolutamente subjetivos, estipulados em portaria do PROCON (Portaria Normativa nº 14, de 16 de outubro de 2003), evidentemente extrapolando o quanto previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Isto porque, segundo os artigos 56, inciso I, e 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, a penalidade imposta deverá levar em consideração a capacidade econômica da apelada.

O Código de Defesa do Consumidor não prevê os critérios de aferição da condição econômica do fornecedor, o que não significa, por outro lado, que o fornecedor deva ficar à mercê de critérios subjetivos escolhidos pelo agente público (como se deu na "estimativa" de receita bruta mensal de R\$ 15.800.000,00). De igual forma, <u>não podem eles fixar, através de portarias, os valores a serem considerados para cálculo da condição econômica</u>.

Note-se que ao ser consagrado o princípio da legalidade em nossa ordem constitucional, seguiu-se a antiga tradição no sentido de não se tolerar que a Administração Pública, valendo-se de regulamentos, portarias ou resoluções, pudesse por si mesma transigir com a liberdade e com os direitos individuais dos cidadãos, o que, evidentemente, levaria a nação às sombrias terras do arbítrio e do abuso de poder.

Nesse sentido, no que concerne aos critérios adotados para a aferição da capacidade econômica da apelada, cumpre comentar que: (i) deveriam ser descontados, no mínimo, os tributos e outras despesas envolvidas nas atividades da apelada e incluídas na sua receita bruta; e (ii) toda e qualquer aferição deveria restringir-se ao produto objeto da discussão, qual seja: o néctar "Del Valle".

ADVOGADOS ASSOCIADOS



Ademais, não foram claramente justificados — ou melhor, não foram justificados em absoluto — quais os critérios que levaram à fixação do valor da multa imposta à apelada, uma vez que não se comprovou nenhum dano aos consumidores, tampouco a alardeada gravidade da conduta. Além disso, tampouco se comprovaram as presumidas vantagens econômicas que teriam sido auferidas pela apelada.

Por estas razões, constata-se que a penalidade de multa imposta à apelada é excessiva. Assim, caso esses Ínclitos Desembargadores entendam pela reforma da decisão proferida por Juiz singular e entendam pela manutenção do Auto de Infração nº 0595 D7 e do Procedimento Administrativo nº 1927/08, o que admite-se apenas por argumentar, entende a apelada deva tal multa ser reformada, havendo de ser reduzida a patamares razoáveis.

4. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, requer seja mantida a respeitável sentença proferida pelo douto Juízo *a quo*, uma vez que, conforme restou demonstrado, a apelante não comprovou a existência de qualquer irregularidade na campanha publicitária veiculada pela apelada.

São Paulo, 12 de abril de 2013.

João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes OAB/SP 154.384 Sylvie Boëchat OAB/SP 151.27

Pasta 46222 JPF/SB/LR

F:\Contencioso Civel\Leão Junior S.A. (888)\Leão Alimentos (SABB) - PROCON-SP - Ação Anulatória - Contrarrazões.doc