124

RFOR

RAYES, FAGUNDES & OLIVEIRA RAMOS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

623

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA **5ª (QUINTA)** VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

3-GRY-3.14-FZB/AC.TR-10/Jun/2011 17:28 782310-2/3

Processo nº **0008196-14.2011.8.26.0053**

Ref.: Réplica

SUCOS DEL VALLE DO BRASIL LTDA., por seus advogados subscritores desta, 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 ao despacho publicado em 06/06/2011, apresentar sua **Réplica**, consubstanciada nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

2.

Rua Líbero Badaró, 425 – 11º 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 – Sl 102
Belo Horizonte – MG – 30110-043
Tel.: (55 31) 3318-6563
Fax: (55 31) 3317-9757

Rua Maria Monteiro, 786 – Sl. 31
Campinas – SP – 13025-151
Tel./Fax: (55 19) 3294-9293

www.rfor.com.br

Documento recebido eletronicamente da origem

624

Trata-se de Ação Anulatória cujo objeto é a anulação de auto de infração com imposição de multa lavrado em face da autora em função da existência de supostas abusividades em ação publicitária veiculada em meados de 2008, denominada "Del Valle Espremidinhos".

Aberta a oportunidade para contestar a ação, o PROCON limitou-se a trazer aos autos argumentações genéricas, que não comprovam qualquer irregularidade em referida campanha publicitária, aduzindo que: *(i)* não teria havido vício no auto de infração lavrado, pois seria função do PROCON fiscalizar o cumprimento das leis consumeristas; *(ii)* que a publicidade em questão seria direcionada diretamente ao público infantil e, por isso, a autora deveria cumprir o disposto no artigo 37, § 2° do Código de Defesa do Consumidor; *(iii)* que tal campanha publicitária, contrariando as normas do CONAR, conteria frases imperativas, *(iv)* haveria ocorrido suposto descumprimento de resolução do Conselho Nacional de Saúde e (v) o valor da multa estaria de acordo com as normas regulamentadoras.

Inicialmente, observa-se que não há na contestação apresentada **nenhum elemento concreto que demonstre a existência de qualquer traço de abusividade** na campanha publicitária realizada pela autora. E mais: o PROCON não refuta, em sua defesa, todos os pontos aventados pela autora em sua inicial, limitando-se, apenas, a afirmar genericamente que teria ocorrido a prática de publicidade abusiva pela autora.

De fato, como se observa de uma simples leitura da contestação, o PROCON se atém a alegar que a campanha "Del Valle Esprimidinhos" possuía caráter abusivo. No entanto, **da mesma forma que no auto de infração, demonstra o PROCON que a constatação da "abusividade" de tal campanha se dá única e exclusivamente pelo fato de ter sido dirigida ao público infantil – o que não é correto.**

Com efeito, a argumentação desenvolvida em defesa limita-se a tentar convencer esse Douto Juízo de que a campanha publicitária se aproveitaria da deficiência de julgamento e experiência do público infantil, sem trazer qualquer elemento concreto que justifique tal assertiva.

Nesse sentido, muito embora a defesa 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

Documento recebido eletronicamente da origem

625

ocorre com o restante da argumentação desenvolvida na defesa, não há referência a qualquer elemento concreto capaz de justificar essa afirmação.

A autora, que sempre atuou 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.

Tanto é verdade que a campanha veiculada pela autora 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, que **o PROCON não conseguiu indicar, de maneira concreta, qualquer norma consumerista que tivesse sido desrespeitada com a veiculação de referida campanha**.

Nesse sentido, necessário destacar que, na tentativa quase desesperada de manter a penalidade imposta à autora, o PROCON chegou ao absurdo de justificar a punição imposta à autora em suposto descumprimento de uma resolução do Conselho Nacional de Saúde!

Ora, tal justificativa não pode ser admitida, pois é evidente **que não cabe ao PROCON fiscalizar o suposto descumprimento de resoluções do Conselho Nacional de Saúde**, tampouco utilizá-lo como justificativa para aplicação de penalidade administrativa.

Como se sabe, a competência do PROCON é fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções[1], APENAS quando verificado seu descumprimento. Isso significar dizer que **o PROCON não pode utilizar normas que extrapolam a sua competência para aplicar penalidades às empresas.**

Na hipótese vertente, poder-se-ia, inclusive, cogitar de abuso de poder, na modalidade excesso de poder, eis que a autuação e imposição de multa pelo réu se deu em **extrapolação aos limites de sua competência administrativa**, arrogando-se ainda no exercício de atividades a que a lei não lhe conferiu competência.

---

[1] Lei nº 9.192, de 23 de Novembro de 1995. Artigo 3º - Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação: (...) XI - fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções.

Documento recebido eletronicamente da origem

626

De se observar, ressalta-se, que o PROCON não traz menção ao descumprimento de nenhuma outra norma consumerista por parte da autora, além da norma geral prevista no artigo 37, § 2º, 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, os quais servem como **diretivas de conduta**. Estes conceitos são, por óbvio, **condicionados às demais disposições legais e regulamentares co-existentes.**

Vale traçar um paralelo entre discricionariedade administrativa e conceito jurídico indeterminado, para se demonstrar bem as diferenças entre os dois. Discricionariedade administrativa[2] é "*a **margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger**, segundo critérios consistentes de razoabilidade, **um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis**, ... a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da **finalidade legal**".*

Por seu turno, ANTONIO FRANCISCO DE SOUSA[3] 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, o PROCON **interpretou o conceito de "publicidade 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**.

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Ed., 2003. São Paulo: Editora Malheiros, p. 48.
[3] SOUSA, Antonio Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.18.

Documento recebido eletronicamente da origem

RFOR

RAYES, FAGUNDES & OLIVEIRA RAMOS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

627

Por fim, no que se refere ao valor da multa fixada, o PROCON mais uma vez não esclarece quais os critérios que levaram à fixação do valor da multa imposta à autora, uma vez que não restou comprovado nenhum dano aos consumidores, tampouco a alardeada gravidade da conduta. Além disso, também não se comprovaram as presumidas vantagens econômicas que teriam sido auferidas pela autora.

Assim, estando cabalmente demonstrado nos autos que não há qualquer irregularidade na campanha "Promoção Del Valle Espremidinhos", serve a presente para reiterar integralmente os termos da inicial, protestando pela procedência total da demanda, com a declaração de nulidade da decisão administrativa tomada nos autos do processo administrativo nº. 1927/08 e declarando-se a insubsistência do Auto de Infração nº. 0595 – série D7.

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 10 de junho de 2011.

pp. Mariana Ribeiro
João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes
OAB/SP 154.384

Mariana Ribeiro
Mariana Predolin Cardoso Ribeiro
OAB/SP 234.746

Ligia Azevedo Ribeiro
OAB/SP 282.856

Documento recebido eletronicamente da origem