

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

004451782-2014.03.0001.0000.0000

DR. OETKER BRASIL LTDA.,
sociedade estabelecida na Rua Joaquim Lapas Veiga nº 239,
Jardim do Lago, CEP 05550-010, São Paulo – SP, inscrita no
CNPJ sob nº 61.193.496/0001-51, com seus atos constitutivos
devidamente registrados na JUCESP (doc. 02), vem, por seu
advogado (doc. 01) que esta subscreve, respeitosamente, a V. Sa.
para propor a presente ação de **ANULAÇÃO DE AUTO DE
INFRAÇÃO**, rito ORDINÁRIO, *com pedido de antecipação
da tutela*, contra **FUNDAÇÃO PROCON DE SÃO PAULO**,
estabelecida na R. Barra Funda nº 930, São Paulo – SP, com
fundamento nos artigos 188, inciso I, CC/02 ; 5º, incisos II, IX;
170, *caput*, IV; 220, *caput* e § 2º, da CF/1988, consubstanciada nas
razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

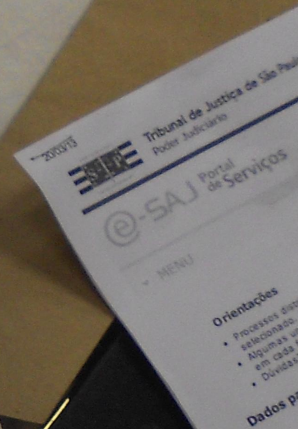
I – BREVE RESUMO DOS FATOS:

1. A Requerente foi autuada pela Requerida a pagar multa de **R\$ 105.493,33** (cento e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), em razão de ter veiculado publicidade considerada abusiva pela referida Fundação, relacionada à divulgação da PROMOÇÃO ZOOBREMESAS.

2. Conforme entendimento da Requerida, e segundo motivos descritos no AUTO DE INFRAÇÃO N° 1636 (doc. 03), a referida publicidade estimularia o consumo exagerado de produtos da marca DR. OETKER por crianças, que passariam a consumir esses produtos '*com o único objetivo de obterem a coleção completa de 05 (cinco) versões das mochilas*'.

3. Assim, segundo a Requerida, ao realizar essa promoção a Requerente teria infringido o artigo 37, § 2º, da Lei n° 8.078/90 (CDC) porque, ainda no entendimento da Requerida, o fundamento para compra dos produtos vinculados à promoção não seria a real necessidade de consumo, mas *sim "o desejo em adquirir a coleção completa das 05 (cinco) versões da mochila por crianças"*, o que caracterizaria, ainda segundo entendimento da Requerida, em 'aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança com o intuito de promover a venda de determinados produtos'.

4. Em face das alegações lançadas no mencionado AUTO DE INFRAÇÃO, instaurou-se o Processo Administrativo n° 223/09 (doc. 03 – cópia integral) que resultou na imposição da referida **sanção pecuniária**, apesar da Requerente ter demonstrado a inteira insubsistência daquelas alegações, assim como não ocorrência da alegada abusividade.



4

5. Todavia, o entendimento dado à matéria pela Requerida foi demasiadamente subjetivo (*'com o único objetivo de...'* e *'o desejo em adquirir...'*), faltando com a necessária objetividade da infração, bem como com o equilíbrio e harmonização (artigo 4º, CDC) de interesses que deveria ter conduzido a análise da matéria, desbordando para o **desvio de finalidade** da norma legal.

6. Conforme será demonstrado, as alegações que motivaram a lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO não se sustentam, como também os argumentos para imposição e cálculo da referida multa, arbitrada que foi sem observância dos parâmetros legais estabelecidos no artigo 57 do CDC, contrariando, dentre outros, os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade** que sempre devem incidir nos procedimentos de caráter sancionatório.

7. De fato, a decisão administrativa proferida pela Requerida merece revisão pelo controle de legalidade, quer em relação à análise da matéria de fundo (mérito), quer em relação à forma utilizada para cálculo da multa, sem regular observância do devido processo legal.

II - ESCLARECIMENTOS INICIAIS SOBRE A REQUERENTE:

1. DR. OETKER foi fundada em 1891 por Dr. August Oetker, farmacêutico residente em Bielefeld, Alemanha, que foi pioneiro no lançamento de "fermento" em sachês, na medida exata para 500g de farinha, a um preço

3

5

bastante acessível às donas de casa e com a garantia do perfeito crescimento de bolos e pães.

2. O sucesso do lançamento do "Fermento Dr. Oetker", acabou incentivando o desenvolvimento de outros produtos, como Pudins, Essências, Açúcar de Baunilha e, na virada do século, foi aberta a primeira fábrica, produzindo em escala industrial, razão pela qual a marca Dr. Oetker foi registrada e, a partir daí, adotado o desenho da "cabeça branca" que simboliza a qualidade superior dos produtos fabricados.

3. A habilidade em inovar e introduzir produtos novos e de qualidade possibilitou um grande crescimento da empresa nos anos 50 e 60, estando hoje presente na Alemanha (matriz), em todos os países da Europa, no Brasil, no Canadá, na Índia e na China.

4. Trata-se de empresa de renome internacional que, apesar dos mais de 100 anos de vida, mantém aceso o mesmo espírito competitivo e continua a investir em pessoas, em novos produtos, em tecnologia e no respeito aos consumidores.

5. Todos seus produtos são produzidos em estreita conformidade com as disposições normativas e técnicas estabelecidas pelos órgãos de fiscalização dos países nos quais a Requerente está presente e gozam da inteira confiança dos consumidores que, ao adquirirem produtos assinalados com a marca DR. OETKER, têm a certeza que estarão também consumindo produtos de altíssima qualidade e produzidos segundo as normas técnicas aceitas e vigentes em cada um desses países.

Handwritten signature in blue ink at the bottom right of the page.

6. Além disso, os produtos DR. OETKER são apresentados e comercializados em conformidade com os dispositivos do CDC, sendo informado, inclusive, sobre os respectivos valores nutricionais (conforme artigos 6º, inciso III, 8º e 31).

7. Portanto, o sucesso da empresa, dos produtos ou promoções que ela realiza não resulta de ações de marketing dirigidas, como crê a Requerida, simplesmente porque não há empresa ou produto que consiga sobreviver no ambiente competitivo sem que seus produtos sejam efetivamente confiáveis do ponto de vista da qualidade e dos respectivos valores nutricionais.

8. Cabe lembrar também que a atividade exercida pela Requerente encontra-se respaldada no artigos 170, *caput* (livre iniciativa) e inciso IV (livre concorrência) da CF/1988, sendo perfeitamente lícita a realização de publicidade promocional de seus produtos, na forma como foi realizada.

III – A PROMOÇÃO ZOOBREMESAS:

1. Diversamente do que foi afirmado no AUTO DE INFRAÇÃO N° 1636, a realização da PROMOÇÃO ZOOBREMESAS *não configura prática de publicidade abusiva*, descrita no artigo 37, § 2º, do CDC.

2. A realização de promoções comerciais, tal qual realizada a publicidade da Promoção Zoobremesas, é prática usual de mercado, adotada por diversos anunciantes: basta citar a

7

conhecida promoção 'Mamíferos', de PARMALAT e a promoção 'Animais', que NESTLÉ atualmente está realizando, inclusive veiculando anúncios em TV, ambas realizadas com a mesma mecânica (ou seja: na troca de X embalagens, mais R\$ Y, o consumidor terá direito a escolher um dos produtos participantes da promoção).

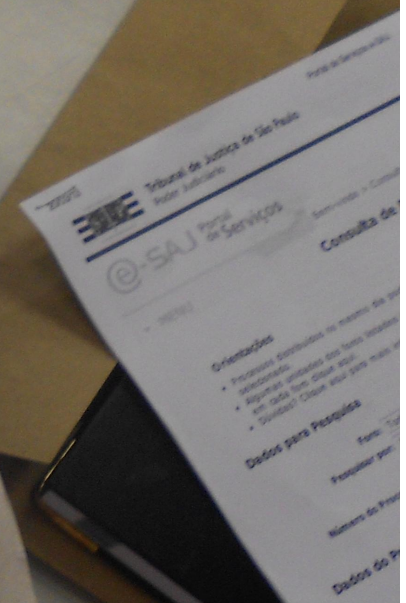
3. Logo, a realização de promoção comercial, associada a troca de embalagens e pagamento de pequeno valor, é prática usual e admitida pelo ordenamento legal do País, sendo reiteradamente realizada por inúmeras empresas, de diversos segmentos comerciais, sem semelhante questionamento.

4. Assim foi que a Requerente, visando incrementar a venda de seus produtos, concebeu e realizou a Promoção ZOOBREMESAS, que foi cercada de cuidados especiais, tais como a não utilização de apelos imperativos de consumo, a não obrigatoriedade de aquisição de produtos da DR. OETKER para obtenção das mochilas, o não incentivo à coleção das mochilas, a recomendação de hábitos alimentares saudáveis, dentre outros.

5. E, ao contrário do que descrito no AUTO DE INFRAÇÃO N° 1636, a publicidade da PROMOÇÃO ZOOBREMESAS:

a) não estimulou o consumo exagerado dos produtos da linha DR. OETKER por crianças;

b) não impôs obrigatoriedade de aquisição dos produtos da linha DR. OETKER pelas crianças;



8

c) não impôs obrigatoriedade de participação na promoção e,

d) não aproveitou da deficiência de julgamento e experiência das crianças.

6. Por estes esclarecimentos é possível verificar que a motivação lançada no AUTO DE INFRAÇÃO, no sentido de que o fundamento para compra dos produtos vinculados à promoção não seria a real necessidade de consumo, mas sim "*o desejo em adquirir a coleção completa das 05 (cinco) versões da mochila por crianças*" ou, que as crianças passariam a consumir esses produtos '*com o único objetivo de obterem a coleção completa de 05 (cinco) versões das mochilas*', é distorcido da realidade e inteiramente equivocado.

7. A PROMOÇÃO ZOOBREMESAS foi realizada com o único e lícito propósito de incrementar as vendas dos produtos da Requerente, o que é absolutamente **legítimo** fazer, com apoio dos princípios da legalidade, da livre iniciativa e da liberdade concorrencial insculpidos na Carta Magna de 1988, que caracterizam e são próprios do Estado Democrático de Direito.

8. É o entendimento da Requerida, tal como exposto na motivação do AUTO DE INFRAÇÃO N 1.636, decorre de **mera opinião subjetiva e excessivamente crítica** da Requerida, distanciando-se da análise e avaliação lógica do homem médio.

100

9

IV - O REGULAMENTO DA PROMOÇÃO ZOOBREMESAS:

1. A Promoção Zoobremesas, ao par de amparada pelos dispositivos legais e constitucionais acima referidos, foi apresentada de forma clara e direta aos consumidores, através de filme publicitário de 30' (doc. 04), possibilitando fácil entendimento e participação de maior número de interessados, independentemente da aquisição e do valor do produto adquirido.

2. Conforme disposto no seu **REGULAMENTO** (doc. 05), bastava juntar 05 (cinco) embalagens de **quaisquer** dos produtos DR. OETKER, efetuar o pagamento do valor de **R\$ 7,99** (sete reais e noventa e nove centavos) e realizar a troca, **dentro do período de 16/09/08 a 22/11/08**, por uma mochila de pelúcia, especialmente desenvolvida para a promoção, em 05 (cinco) opções diferentes: jacaré, tamanduá, macaco, cobra ou hipopótamo (REGULAMENTO - item 2).

3. Acrescente-se que participação dos consumidores era facultativa, não impondo qualquer obrigação de aquisição do produto, tampouco de seu consumo por crianças: qualquer pessoa, adquirindo ou não qualquer produto da linha DR. OETKER (inclusive produtos não destinados ao público infantil) poderia adquirir os produtos incluídos na promoção, conforme disposto no item 17 do REGULAMENTO (doc. 06), evidenciando o desacerto da alegação de estímulo ao 'consumo imoderado para satisfazer o desejo em adquirir a coleção completa das 05 (cinco) versões da mochila por crianças':

[Handwritten signature]

200703
Tribunal de Justiça de São Paulo
Poder Judiciário

SAJ Portal de Serviços

Consultas

ORIENTAÇÕES

- Processos distribuídos no mesmo dia
- Arrecadação
- Algumas unidades dos Tribunais em cada TJD devem ser
- Dúvidas? Clique aqui para mais

Dados para Pesquisa

Forma de Pesquisa

Numero da Pesquisa

Dados do Processo

30

REGULAMENTO DA PROMOÇÃO

17- O participante terá a opção, ainda, de efetuar a compra da mochila nos pontos de troca, **independentemente da apresentação das embalagens**, mediante o pagamento da quantia de R\$ 19,90 (dezenove reais e noventa centavos). No caso desta compra ser efetuada através de solicitação via site, serão cobrados, além do referido valor da mochila, o custo do frete e manuseio, que serão previamente informados quando da solicitação.

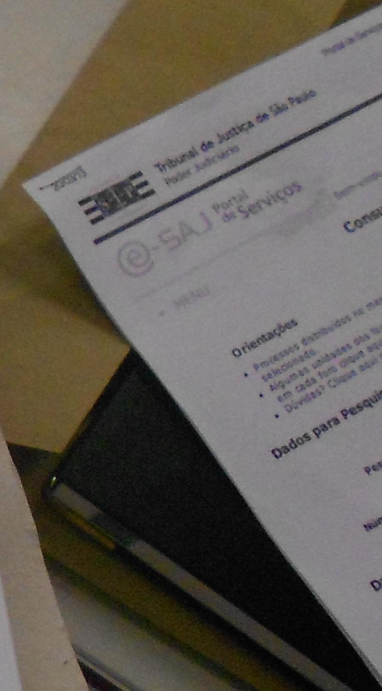
4. Diante disso, as alegações de que a promoção estimulou "**o desejo em adquirir a coleção completa das 05 (cinco) versões da mochila por crianças**" ou, que as crianças passariam a consumir esses produtos '**com o único objetivo de obterem a coleção completa de 05 (cinco) versões das mochilas**', simplesmente cai por terra.

5. Outro ponto de crucial importância alegado na DEFESA administrativa, embora não considerado pela Requerida, é que os produtos do gênero alimentício são adquiridos pelos **pais ou responsáveis** que exercem o poder de guarda, educação e provento dos filhos menores. **Crianças não adquirem, de per se, produtos onerosos** por absoluta falta de capacidade econômica.

6. Portanto, não havia o requisito de irresistibilidade, sabendo-se que esse tipo de relação de consumo se materializa entre pessoas civilmente capazes e aptas a fazerem livremente suas escolhas.

7. Destaque-se ainda, que a linha de produtos DR. OETKER é formada na sua maioria por produtos culinários que servem ao **PREPARO** de alimentos [bolos, tortas e pães, fermentos, misturas para bolos e sobremesas (algumas diet e

[Handwritten signature]



11

light), *snacks* (amendoim, castanha, pistache, etc.)) além de uma variedade de chás, evidenciando que os produtos da linha DR. OETKER não são produtos exclusivamente direcionados ao público infantil, não sendo, na sua maioria, produtos que poderiam ser prontamente consumidos por crianças (como são, por exemplo, os biscoitos, chocolates, balas e outras guloseimas que não fazem parte da linha de produtos da Requerente).

8. Então, se a aquisição de produtos depende da iniciativa de adultos (pessoas civilmente capazes) e se os produtos da Requerente, na sua maioria, dependem de preparo por adultos, fica evidente o desacerto da tese defendida pela Requerida.

9. Embora a promoção tenha sido direcionada ao público infantil, o que é demonstrado pela natureza dos brindes, sabe-se que a aquisição de produtos, nos pontos de venda, **somente se realiza pelos respectivos pais, tutores ou responsáveis**, que efetivamente comparecem nos supermercados e estabelecimentos afins para aquisição de gêneros alimentícios.

10. Mas a relação de consumo não poderia se materializar sem o concurso, auxílio ou intervenção exclusiva e direta de um adulto.¹

11. Assim, seja porque (i) o hipossuficiente **não tem capacidade econômica** para adquirir bens de consumo;

¹ Segundo o Novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), art. 1.566, inciso IV, são deveres de ambos os cônjuges o sustento, **guarda e educação** dos filhos; e art. 1.567, dispondo que a direção da sociedade conjugal será exercida, em **colaboração**, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. No Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90), observam-se que iguais deveres competem **aos pais** (v. artigos 19 e 22).

32

seja porque (ii) a seleção, preparo e entrega de gêneros alimentícios aos filhos, no ambiente doméstico, insere-se no **dever de guarda e vigilância dos pais** (que tem o dever de supervisionar os filhos menores), fica demonstrado que as consequências descritas no AUTO DE INFRAÇÃO não passam de tese para justificar a autuação.

12. A propósito, foi esse um dos argumentos adotados pelo Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao **rejeitar** ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra COCA-COLA INDUSTRIAS LTDA., na **APELAÇÃO N° 566.275.4/7**, da Comarca de SÃO PAULO, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani (doc. anexo), na qual discutiu-se a legalidade da publicidade de refrigerantes consumidos por crianças:

Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento.

.....

Não há, data vênua dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição de marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes

[Handwritten signature]

20093

STJ Tribunal de Justiça de São Paulo Poder Judiciário

Portal de Serviços

Consulta de P...

Processos distribuídos no sistema de autuação selecionado.

Alguns processos dos fóruns estaduais em data firm clique aqui.

Divulgar? Clique aqui para mais informações.

Dados para Pesquisa

Foto: 1x

Frequência por...

Numero de Pr...

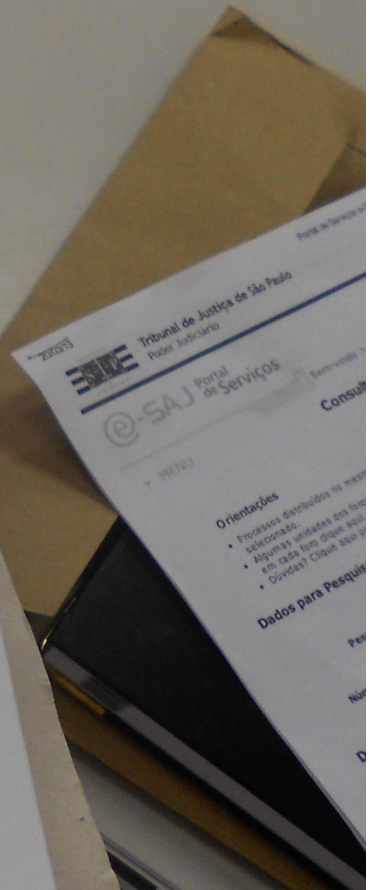
Dados do...

preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o *light* e *diet*, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo. Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes? O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras.

9. Portanto, nota-se claramente que a insubsistência do embasamento lançado no AUTO DE INFRAÇÃO, incidindo a Requerida em **desvio de interpretação da norma legal.**

V – O FILME PUBLICITÁRIO VEICULADO NA TV:

1. Fazendo-se adequada análise do anúncio de TV, inclusive sob o ponto de vista do receptor da mensagem, fica claramente evidenciado que as alegações da Requerida são inteiramente absurdas.



[Handwritten signature]

14

2. O filme (doc. 05) mostra o consumo comedido dos produtos, sendo que cada criança consome, moderadamente, apenas uma pequena porção de alguns produtos (gelatina e pudim), o que descaracteriza a alegação de indução ao consumo excessivo.

3. Além disso, o filme em nenhum momento estimula a criança a obter a coleção completa de mochilas. Não há menção a “colecione” e o filme, ao contrário, incentiva a criança a optar por apenas uma mochila, conforme se deduz da expressão “agarre a sua” (expressão no singular, indicando o interesse apenas por uma mochila).

4. A correta análise do filme demonstra que nele não foram utilizados apelos imperativos de consumo, não houve incentivo ao colecionamento das mochilas, não foi exigida a aquisição de produtos como requisito único para obtenção das mochilas e não houve incentivo ao excesso de consumo dos produtos.

5. Ademais, foi inserido *lettering* com a recomendação de manutenção de hábitos alimentares saudáveis, evidenciando, inclusive, a preocupação da Requerente com a saúde das crianças.

6. Outro fator importante a considerar, é que a promoção teve duração de apenas 09 semanas, período demasiadamente curto para que se pudesse afirmar com segurança ter havido relação de causa e efeito entre o consumo dos produtos e a obesidade infantil.

TRF-5
Tribunal de Justiça de São Paulo
Poder Judiciário

SAJ Portal de Serviços

Orientações

- Processo distribuído no...
- Motivos para...
- em 2024...
- Dúvidas? Clique...

Dados para Pesq...

7. A promoção foi realizada por curto período (de 16/09/08 a 22/11/08), além de que havia a hipótese de os produtos adquiridos serem preparados fora desse período, bastando observar os respectivos prazos de validade, geralmente **extensos**, o que demonstra, mais uma vez, a inteira insubsistência das alegações de "estímulo exagerado ao consumo" e "incentivo ao colecionamento".

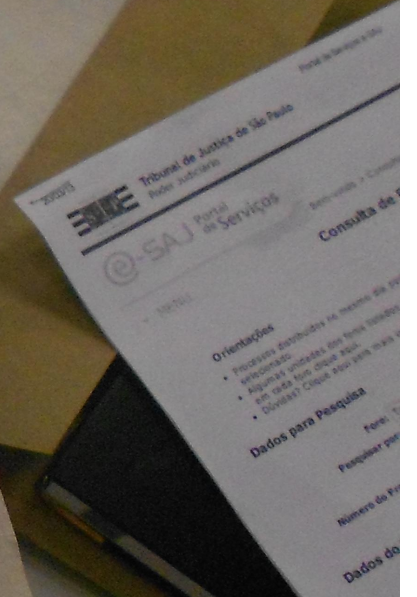
VI - DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 2., CDC:

1. O CDC estabeleceu, no ordenamento jurídico, normas específicas de **harmonização** das relações de consumo, sendo necessário considerar que também o fornecedor é parte essencial na formação dessa relação.

2. Então, é preciso considerar que o exercício da fiscalização às normas de consumo somente se legitima se também os interesses e direitos do fornecedor forem adequadamente considerados: ponderação, coerência e harmonização são, para todos os efeitos, palavras-chave que o aplicador da lei sempre deve considerar nas relações de consumo.²

3. O conceito de publicidade abusiva é, segundo ANTONIO HERMANN DE V. E BENJAMIN, "uma noção plástica, em formação", o que evidencia elevada carga de

² Confira-se a Profª. CLÁUDIA LIMA MARQUES, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O Novo Regime Das Relações Contratuais", Editora RT 5ª edição, 2006, págs. 598/599.



[Handwritten signature]

16
subjetividade, exigindo, exatamente por essa razão, equilíbrio e harmonização na sua apreciação.³

4. Diz o artigo 37, § 2º, CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 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.

5. Discriminatória a publicidade não era, pois a participação na promoção era facultativa, podendo dela participar qualquer pessoa (mesmo não adquirente dos produtos da Dr. OETKER); também não incitava à violência, nem explorava o medo ou a superstição; tampouco se aproveitava da deficiência de julgamento e experiência da criança, quanto menos era capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

6. Portanto, analisando de forma isenta a publicidade veiculada pela Requerente, é possível concluir a não infração a quaisquer das hipóteses alcançadas pelo artigo 37, § 2º, CDC.

7. Cabe salientar que o questionamento em causa não teve origem na reclamação de um consumidor, mas no entendimento dado pela ONG Instituto Alana, que tem atuado

³ Código de Defesa do Consumidor”, Comentado pelos Autores do Anteprojeto, ADA PELLEGRINI GRINOVER et allí, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1992, 2ª edição, pág. 208.

17

sistematicamente contra a publicidade em geral, provocando e incitando os órgãos de defesa dos consumidores a se manifestarem contra anunciantes de forma geral.

8. Compreende-se, evidentemente, a preocupação com o tema da obesidade infantil, mas não se pode fazer desta questão (que tem causas **multifatoriais**) bandeira para questionar uma promoção, tampouco sua divulgação publicitária.

9. Até porque a indignação de alguns não se presta a sustentar a tese da alegada abusividade. É o que afirma FÁBIO ULHOA COELHO, destacando não bastar à caracterização da abusividade o desconforto que um anúncio publicitário possa eventualmente causar a um grupo de pessoas ou parcela da população:

“Acentue-se que o desconforto de parcelas de telespectadores, diante de determinado anúncio publicitário, não configura, por si só, o ilícito da abusividade.

....

Em outros termos, apenas o desconforto provocado no telespectador em função da agressão de valor da sociedade em geral pode ser considerado na aferição da abusividade. O (desconforto) provocado em determinados segmentos dos espectadores, em decorrência apenas de preconceitos ou problemas pessoais, intimamente relacionado com o perfil psicológico deles, não caracteriza o ilícito.”⁴

10. Equivale dizer que a tutela da abusividade deve ficar restrita à agressão efetiva de valores considerados relevantes para o todo da sociedade, extraídos de um contexto

⁴ ‘O Empresário e os Direitos do Consumidor’, FÁBIO ULHOA COELHO, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 1ª edição, pág. 272 – destaques nossos.

realista e com um mínimo de objetividade, jamais de meras ilações.

11. Simplesmente não é possível afirmar, diante das características heterogêneas da sociedade brasileira, que a prática comercial e a publicidade questionada tenham dado causa à ocorrência ou aumento da obesidade infantil (!!), cabendo ressaltar que a Promoção Zoobremesas encontra-se **em grau de igualdade** com tantas outras promoções comerciais realizadas diariamente por outros anunciantes, destinadas ao incremento de venda de produtos lícitos e sem semelhante contestação.

12. E justamente por essa razão, o Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **rejeitou** ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra COMPANHIA DAS AMÉRICAS – AMBEV E OUTRAS., na **APELAÇÃO N° 353.857-4/5-00**, da Comarca de SÃO PAULO, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia (doc. anexo), na qual também discutiu-se a legalidade da publicidade de refrigerantes consumidos por crianças:

AÇÃO CIVIL PUBLICA - Pleito ajuizado pelo Ministério Público em face de grande empresa fabricante de refrigerantes e sucos adoçados, com o objetivo de restringir a publicidade destinada às crianças e aos adolescentes, sob o fundamento de que o açúcar contribui para a existência de epidemia de obesidade – Sentença parcialmente procedente - Inconformismos da ré e de terceiros prejudicados - Publicidade de produtos contendo açúcar que não é vedada nem restrita pelo ordenamento legal vigente - Imposição das medidas requeridas pelo Parquet que consubstanciarão violação à livre concorrência e ao princípio da isonomia - Existência de inúmeras fabricantes de produtos que contêm açúcar - Precedente deste Tribunal de Justiça - Apelos providos.

19

13. Some-se a isso que inexistem valores universais e atemporais, seja em razão da *diversidade* de classes, agrupamentos, ideologias, seja em razão da multiplicidade cultural, social e econômica, conferindo, segundo FÁBIO ULHOA COELHO, colorido plural, diversificado e dialético à sociedade.

14. E por isso deve o intérprete:

“encontrar o padrão, o mais próximo possível da realidade dos fatos culturais, para delinear os contornos de sua incidência. Em outras palavras, é tarefa da doutrina construir o conceito tecnológico de valores da sociedade, apesar das infindáveis interessantes questões suscitadas pela riqueza do tema.”⁵

15. Assim, não pode a Requerida simplesmente desconsiderar certos fatores culturais presentes no dia-a-dia, tampouco pretender que sua visão prevaleça em relação à percepção média encontrada na sociedade.

16. Por isso, deveria a Requerida ter considerado os valores aceitos e praticados pela maioria da sociedade, lembrando-se que esse tipo de promoção comercial é demasiadamente conhecido e aceito, *sem externar apegos ou exageros críticos*, sob pena de caracterizar desvio de interpretação da norma legal.

17. A regra, repita-se, é não se distanciar do contexto cultural presente, sabendo-se que cada sociedade tem seus controles de tolerância, moldados pela sua realidade.

⁵ Autor e obra citados, págs. 269/270.

18. O afirmado demonstra que a interpretação descrita no AUTO DE INFRAÇÃO situa-se muito além do que seria lógico e razoável considerar sobre a matéria, revelando que a Requerida adorou, na conceituação e valoração da alegada abusividade, *valores e conceitos pessoais e excessivamente críticos*.

19. Entretanto, tais impressões não conferem legitimidade à motivação lançada no AUTO DE INFRAÇÃO. Na lição do i. Magistrado Federal HERALDO GARCIA VITTA:

“Se o agente público se encontra numa função, a qual tem o correlato dever, suas impressões pessoais devem ceder para a do padrão médio da sociedade” (‘Aspectos da Teoria Geral do Direito Administrativo’, pág. 74).⁶

20. Nesse mesmo sentido, LUCIA VALLE FIGUEIREDO esclarece que:

“o intérprete não pode preencher os conceitos plurissignificativos (que dependem de interpretação) com seus próprios standards, pois se for moralista demais poderá resolver proibir aquilo que entende por nocivo à moralidade pública, dentro de sua ótica, e desconsiderar valores existentes na própria comunidade social, para que predominem os seus.”⁷

22. A Requerida excedeu os limites da razoabilidade permitidos pela norma legal (artigo 37, § 2º, CDC),

⁶ O mesmo autor reafirma esse pensamento noutra sua obra: “valorar os fatos segundo as concepções da sociedade, e não mediante ideologias próprias, pessoais. Como o agente público encontra-se numa função pública, com a qual tem o correlato dever, suas concepções devem ceder para a do padrão médio da sociedade, numa certa época e determinado lugar.” (‘A SANÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO’, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pág. 97).

⁷ ‘Curso de Direito Administrativo’, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, 4. edição. págs. 197/198.

preenchendo o vazio deixado pelo legislador por conceitos pessoais e excessivamente críticos, em inteira inobservância aos princípios do direito administrativo sancionatório.

23. Cabe ainda ressaltar que a publicidade foi concebida dentro dos padrões adequados, fazendo uso de recursos e linguagens próprias da atividade publicitária:

“A publicidade usa da palavra de uma maneira mágica, clamorosa; na sintaxe da condensação, ela reconcilia opostos, neutraliza contradições”⁸.

“A técnica publicitária de argumentação, porém, não é necessariamente racional, apesar de muitas vezes o discurso apresentar aparente lógica. Os apelos emotivos, afetivos, cômicos, irônicos, freqüentemente são usados, sempre com a intenção de confortar o destinatário da mensagem, buscando captar a sua adesão. No fundo, é um processo de cooptação”⁹.

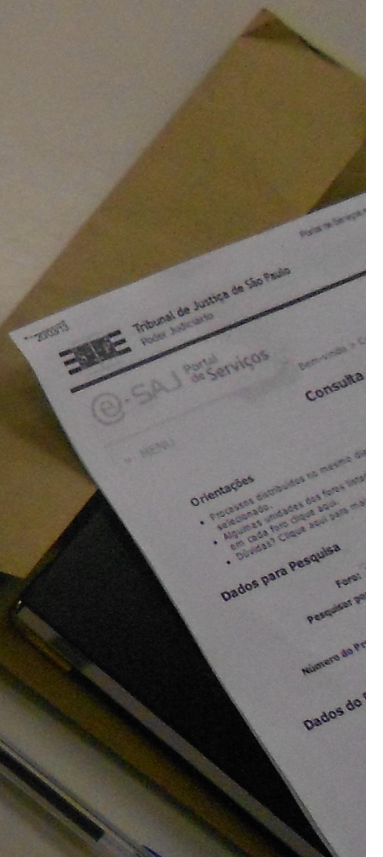
“**Não se pode esquecer – o CDC não o faz – que a publicidade é uma ficção.** Nela são apresentados momentos mágicos, belas cenas, pessoas bonitas, interessantes, saudáveis, imagens fortes, cenários vibrantes, etc., tudo com o intuito de chamar a atenção do consumidor para o produto ou serviço anunciado. **Nada disso a lei quer impedir.**”¹⁰

24. Vale dizer que o elemento fantasioso é percebido como tal, o que tem levado a doutrina a afirmar que os elementos visuais e a linguagem da publicidade sempre devem ser

⁸ Idem, pág. 212.

⁹ ‘Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor’, ADALBERTO PASQUALOTTO, São Paulo, Editora RT, 1997, pág. 84. Mais adiante, à pág. 96: “Tradicionalmente, permite-se uma certa margem de tolerância para os exageros ou hipérboles. Afinal, a publicidade atua num mundo ficcional, fantasioso. O homem não ignora a fantasia, também vive dela e, segundo os padrões normais, sabe separá-la da realidade”.

¹⁰ Idem, pág. 443.



levados em consideração na aferição da abusividade. Nesse sentido, posiciona-se CLÁUDIA LIMA MARQUES:¹¹

“A mensagem publicitária tem, porém, características próprias (exigüidade de tempo, incitação à fantasia, apelo visual, etc.) que deverão ser levados em conta.”

25. Então, tais elementos atuam também de forma a relativizar os efeitos da publicidade.

26. Não se verifica também no anúncio o requisito de “irresistibilidade”.

27. Para que a publicidade pudesse ser considerada abusiva, deveria ter o poder de instigar o consumidor a agir “de modo irresistível”, impondo-lhe coerção semelhante à submissão, o que não ocorre, evidentemente.

28. Segundo entendimento de WALTER CENEVIVA:

“Que incite - A publicidade abusiva instigará ou estimulará, de modo eficaz e atual, uma das ações indicadas no parágrafo. A instigação ou estímulo devem conter tal habilidade que se caracterize sua irresistibilidade para o homem médio comum, sensato e razoável.”¹²

29. Como se vê, a abusividade da publicidade requer aptidão para *instigar ou estimular, DE MODO EFICAZ E ATUAL*, a uma das ações indicadas no parágrafo,

¹¹ CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, 5ª edição, São Paulo, Editora RT, atualizada e revista, pág. 780.

¹² “Publicidade e Direito do Consumidor”, WALTER CENEVIVA, São Paulo, Editora RT, 1. edição, 1991, págs. 128/129 - destaques nossos.

2020/3
Tribunal de Justiça de São Paulo
Poder Judiciário

SAJ Portal de Serviços

Menu - Consultas Processuais
Consulta de Processos

ORIENTAÇÕES

- Processos distribuídos no mesmo dia podem ser retirados.
- Alguns atos dos atos finais devem ser realizados em cada fim de semana.
- Garanta o acesso aos dados para mais informações.

Dados para Pesquisa

Fórum: Todos os Fóruns

Pesquisar por: Número do Processo

Número do Processo: 00000000000000000000

Dados do Processo

caracterizando sua **IRRESISTIBILIDADE** ao homem médio (padrão do consumidor comum, sensato e razoável), requisito sem o qual a tese da Requerida não poderá subsistir.

30. Merece ser relembrado que o papel do homem médio, no caso em apreço, é exercido pelos pais, tutores ou responsáveis, que exercem, de fato e de direito, o poder de decisão, escolhendo o que devem servir como alimentos e como administrá-los aos filhos menores.

31. Nem se alegue que as crianças poderiam exercer pressão psicológica “irresistível” sobre os pais, pois para admitir tal hipótese seria necessário aceitar que os pais ou responsáveis são fracos e incapazes de exercer controle sobre filhos, o que seria igualmente inaceitável.

32. Note-se, outrossim, que a promoção em questão é suficientemente conhecida dos pais e do público em geral, repetindo mecânica de outras ações promocionais comumente realizadas por outros fornecedores, de forma que sua realização não ofende a ordem pública, não é opressiva ou inescrupulosa, ainda que tenha como alvo o público infantil.

33. Nesse contexto, cabe destacar que o CDC não proíbe a chamada “oferta combinada”,¹³ mas apenas seu desvio (venda casada), conforme esclarece CLÁUDIA LIMA MARQUES, embasada em lição de ANTONIO HERMANN DE V. E BENJAMIN.

¹³ Conforme esclarece CLÁUDIA LIMA MARQUES, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, São Paulo, Editora Saraiva, 5ª edição, 2006, pág. 815 – nota 275, embasada na lição de BENJAMIN, CDC, Forense, pág. 140.

34. Como se não bastasse, há também o exemplo dos OVOS DE PÁSCOA, comercializados há décadas no País, com semelhante apresentação comercial (se não, chocolate associado à brinde): trata-se de prática promocional usual, lícitamente adotada para atrair a atenção e preferência do público sobre determinado produto.

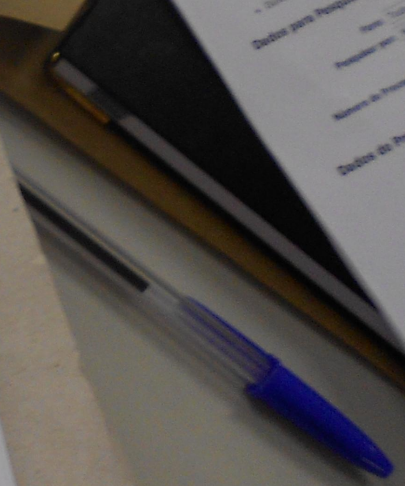
35. Fosse tal prática comercial nefasta, ou indutora de comportamentos contrários à lei e à saúde, certamente que nenhum consumidor adquiriria produtos apresentados com essa formatação.

36. Outro exemplo conhecido é do KINDER OVO, que é um pequeno ovo de chocolate contendo, no seu interior, um pequeno brinquedo de montar.

37. Em ambos os casos, assim como no caso sob exame, o brinde é apenas um componente da promoção, que é realizada com boa fé e inteiro respeito aos preceitos de ordem pública e dos bons costumes, prevalecendo, na espécie, o princípio da legalidade que autoriza a prática de qualquer ato que não seja vedado por lei (artigo 5º, inciso II, CF/1988).

38. Em suma: determinadas circunstâncias presentes na publicidade foram sobrevalorizadas e as lacunas da legislação foram preenchidas com conceitos pessoais e excessivamente rígidos, deixando a Requerida de considerar os critérios de aferição de abusividade predominantemente recomendados pela doutrina, para alcançar a conclusão de abusividade.

Document from Tribunal de Justiça de São Paulo, @SAJ, with fields for 'Consulta de Processo' and 'Dados para Pesquisa'.



39. Mas não há lei que determine ou proíba apresentar a publicidade da forma como realizada. O CDC não interfere no conteúdo da publicidade e seria equivocado – inconstitucional, inclusive – admitir essa forma de intervenção (censura).

40. A liberdade é valor exponencial no Estado Democrático de Direito.

41. Na lição do Prof. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR:

“Liberdade, nestes termos, opõe-se à tutela estatal. Ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições deste exercício, mas jamais substituir-se ao ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação. Daí a proibição da censura de forma irrestrita: *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*. Afinal, a censura, como instituição estatal, própria dos regimes autoritários, sempre busca justificativas na necessidade (utópica e sempre frustrante) de educar os adultos. Mas, como bem diz Hannah Arendt, “quem quer que queira educar os adultos na realidade pretende agir como guardião e impedi-los de atividade política” (cf. Entre o Passado e o Futuro, São Paulo, 1972, p. 225)”¹⁴

42. Estas considerações evidenciam que o sistema constitucional vigente não permite ao Estado interferir no conteúdo da mensagem publicitária, tampouco na livre escolha das pessoas capazes (pais, tutores ou responsáveis).

¹⁴ PARECER publicado em ‘Garantias constitucionais à liberdade de expressão’, publicação do CONAR, São Paulo, 2000, pág. 12.

43. A cidadania – que é um dos traços do Estado Democrático de Direito (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR), deve ser exercida **livremente**.

44. Cabe lembrar que a Requerente atua no mercado com amparo dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (artigos 170, *caput*, IV, CF/1988). Nesse quadro insere-se também a publicidade, que se manifesta como **criação artística** exercida com igual amparo de princípios constitucionais, como da liberdade de expressão e da não censura (artigos 5º, IX, 220, *caput* e § 2º, CF/1988), sendo meio legítimo utilizado pelos fornecedores para incrementar a venda de seus produtos no ambiente da livre concorrência de mercado (artigo 170, *caput*, IV, CF/1988).

45. Situam-se tais direitos no mesmo nível hierárquico dos direitos do consumidor, de forma que não devem sofrer outras limitações além das que estão constitucionalmente previstas – *v.g.*: propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

46. Sobre a importância da liberdade de expressão, discorre o e. jurista LUÍS ROBERTO BARROSO:

“III. Liberdade de expressão, direito à informação e publicidade na constituição de 1988
Uma nova constituição, ensina a doutrina clássica, é uma reação ao passado e um compromisso com o futuro. A Carta brasileira de 1988 foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder (...).
Ao lado do direito à vida e à integridade física, a liberdade é considerada um dos valores essenciais



para existência humana digna. Como uma reação eloqüente à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou ênfase à liberdade de expressão, aí compreendidas a liberdade de manifestação, do pensamento e de criação - e ao direito à informação, consagrando-se em diversos dispositivos, e protegendo-os, inclusive, de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los (art. 60, § 4., CF).

No que diz respeito à liberdade de expressão, a Constituição reservou, no artigo 5., dedicado aos direitos individuais e coletivos, dois enunciados peremptórios:

Art. 5º ...

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

...

É bem de ver que a liberdade de expressão e o direito à informação são prerrogativas indissociáveis e complementares na livre circulação de idéias [citando Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes, no sentido de que o direito de receber informação é transindividual e bifronte, compreendendo o "direito de exprimir idéias e opiniões e também o direito do receptor, um direito autônomo em relação ao direito de expressão, conforme]. Em relação a ambos - expressão e informação - no dispositivo que abre o capítulo dedicado à comunicação social, estabeleceu o artigo 220, da CF:

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.

Publicidade - ou propaganda, termos aqui empregados como sinônimos - é indiscutivelmente uma forma de comunicação social, estando expressamente protegida pelo dispositivo constitucional. (grifos nossos)

(...) Não há lugar, no direito constitucional positivo brasileiro, para a intolerância e para a imposição de verdade únicas e absolutas em matéria de expressão e de informação.

De parte a liberdade de expressão e o direito à informação - que já justificam, como vistos, a

Tribunal de Justiça de São Paulo
Poder Judiciário

Portal de Serviços

ORIENTAÇÕES

- Processos eletrônicos
- Algumas ações em casa
- Divulgações

Dados p...

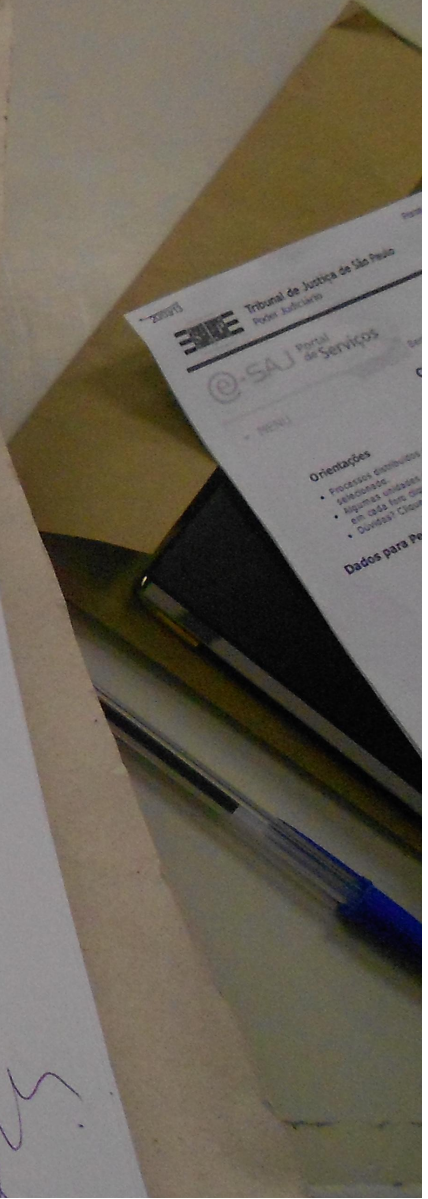
impossibilidade de banir a propaganda – a garantia da veiculação de publicidade nos meios de comunicação dirigidos ao grande público visa também a preservar outros princípios constitucionais importantes: a livre iniciativa (artigo 1º, IV); a livre concorrência (artigo 170, IV) e a liberdade de empresa (artigo 170, parágrafo único). Isto porque é através daqueles meios que o fabricante tem acesso ao público em geral, a fim de divulgar as características de cada um de seus produtos, as inovações tecnológicas que neles se operaram ou as vantagens em por eles se optar. Se os fabricantes não tiverem meios efetivos de tornar públicos os traços distintivos de seus produtos, a tendência é de que os consumidores não alterem suas preferências de marca. Por esse motivo, novos fabricantes certamente enfrentariam dificuldades em se estabelecer no mercado, assim como o antigos não lograriam aumentar seu market share. Livre iniciativa, livre-concorrência e livre empresa, na moderna sociedade de consumo, pressupõe a possibilidade de anunciar nos meios de comunicação social de massa, entre eles televisão, no rádio, no jornal em revistas.”¹⁵

47. E SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA insere a liberdade de expressão na amplitude do direito de opinião:

“A CB 88, por sua vez, no título dos direitos e garantias fundamentais, assegura que é livre ‘a manifestação do pensamento’ (art. 5º, IV), e ‘a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença’ (art. 5º, IX). Não se coloca nenhuma exceção ou ressalva a essa afirmação peremptória. Esse é o texto mais evoluído a que o Brasil já chegou, na linha das declarações internacionais de direitos:...”¹⁶

¹⁵ ‘Temas de Direito Constitucional, Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro’, LUÍS ROBERTO BARROSO, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002, 2. edição, págs. 243/273.

¹⁶ ‘Fundamentos de Direito Constitucional’, SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, São Paulo, Editora Saraiva, 2004, pág. 107.



48. Evidentemente que não se põe em dúvida a relevância atribuída ao direito do consumidor pelo texto constitucional de 1988.

49. Entretanto, não se pode erigir tal direito à condição de alvo supremo e primordial da tutela constitucional, olvidando-se da coexistência, nesse mesmo texto constitucional, de dispositivos que encerram princípios e valores outros, igualmente caros à sociedade, insuscetíveis de cederem lugar ao pretendido império do direito da publicidade. Exemplo disso são os direitos e garantias fundamentais insculpidos nos incisos IV e IX, do artigo 5º, com a redação seguinte:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

50. Portanto, no vigente sistema constitucional brasileiro, não é admissível que direitos e garantias fundamentais, como a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade de comunicação, materializadas em promoção comercial e peça publicitária da Requerente, sejam reduzidos (tolhidos) por verdadeira forma de censura, notadamente embasada em impressões pessoais e manifestamente equivocadas da ilustre agente de fiscalização, *data maxima venia*.

51. Ademais, é inteiramente questionável a eficácia da pretensão punitiva, sabendo-se, de antemão, que as

202001 Tribunal de Justiça de São Paulo Poder Judiciário

Portal de Serviços

Bem-vindo > Consultar

CONSULTA DE PROCESSOS

ORIENTAÇÕES

- Processos distribuídos no mesmo dia podem ser consultados.
- Alguns processos dos fóruns listados não são acessíveis em cada fórum.
- Consultar Clique aqui para mais informações.

DADOS PARA PESQUISA

Fórum: Todos

Pesquisar por: Nome

Número do Processo

Dados do Processo



verdadeiras causas da violação aos direitos das crianças não são geradas nem estimuladas pela referida publicidade.

52. Ao propósito de demonstrar o equívoco que a censura poderia causar para controlar do conteúdo da televisão, SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, embora tomando como exemplo a exposição das crianças a cenas de sexo e violência (situação ausente no caso dos autos), esclarece que:

“Todos sabemos que a exposição a cenas de sexo e violência pode ofender o pudor, chocar e escandalizar, principalmente crianças. Mas não é a censura governamental que pode remediar esses males. É discutível que as formas de uma sociedade violenta possam deixar de repercutir nos meios de comunicação e de expressão cultural. Também falta demonstrar que a menção a fatos violentos, ou sua representação, estimula a violência; o que, até certo ponto, contraria os efeitos moderadores (críticos e catárticos) das manifestações artísticas. Seria difícil encontrar maior concentração de violência simbólica fora da literatura infantil clássica; e se fossemos censurar representações de violência, deveríamos começar pelo teatro grego (que tal Édipo?) e Shakespeare. Por outro lado, é certo que a repressão, sim, forma as mentalidades autoritárias e estimula a violência.”¹⁷

53. Fica claro, portanto, que inexistente razão para eleger a publicidade realizada pela Requerente como se fosse responsável pela obesidade de algumas crianças, ainda que sob o inusitado título de “*estímulo ao consumo excessivo*”.

54. E no caso em apreço isso fica particularmente evidenciado quando se sabe que outras tantas

¹⁷ Autor e obra citados, pág. 117.

2009
Tribunal de Justiça de São Paulo
Portal de Serviços
Consulta de Processos

Orientações

- Processos distribuídos no mesmo dia podem ser selecionados.
- Algumas mudanças dos filtros podem ocorrer em cada hora desde que não sejam maiores que 200 ou 2000 mais informações.

Dados para Pesquisa

Filtro: Todos os Processos

Pesquisar por: Número do Processo

Dados do Processo

31

manifestações comerciais e culturais são realizadas diariamente, sem qualquer contestação.

55. Portanto, demonstram os argumentos ora apresentados que não existe suporte fático e/ou jurídico para manutenção da decisão administrativa condenatória, sendo necessário decretar a nulidade do AUTO DE INFRAÇÃO, face à não caracterização de abusividade da questão.

56. Diante dessas considerações, é plenamente possível afirmar que a pretensão punitiva lançada pela Requerida fere também o **princípio da isonomia e da impessoalidade**, sabendo-se que muitas empresas fazem esse tipo de promoção, embora nenhuma seja questionada por isso.

57. Cria-se assim uma situação de todo paradoxal (*a inconstitucionalidade por omissão parcial*), que afronta o **princípio da isonomia**, conforme observação de LUÍS ROBERTO BARROSO:

“ela [*a inconstitucionalidade por omissão parcial*] se verifica quando o poder público atribui uma disciplina específica a apenas um grupo de pessoas, ao mesmo tempo em que outras, embora em idênticas condições, não são tratadas de acordo com o mesmo regime. Nessa hipótese, há uma omissão parcial por parte da autoridade, que acaba igualmente por afrontar a garantia fundamental da isonomia”.¹⁸

58. Soma-se a isso a extrema generalidade e imprecisão (*vagueness*) do artigo 37, § 2º, CDC, caracterizando **vício insuperável**, conforme afirmado pelo mesmo LUÍS

¹⁸ “Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos”, *apud* “TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL – TOMO III”, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, pág. 250.

ROBERTO BARROSO no PARECER anexo (doc. 06 - "Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos"), inteiramente aproveitável no presente caso:

"Com efeito, se tais normas autorizassem exigir qualquer conduta que, em tese, contribui para a realização do fim por elas indicado, incontáveis condutas poderiam ser consideradas obrigatórias e outras tantas seriam consideradas vedadas. Tudo em função das convicções e percepções do aplicador da norma. Essa espécie de abertura interpretativa simplesmente não pode ser admitida em um Estado de Direito, sobretudo em tema de direitos fundamentais. Tais disposições, portanto, não servem de fundamento para postulações formuladas pelo autor da ação civil pública.

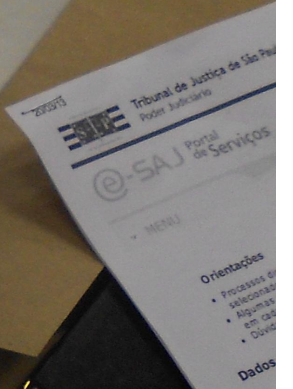
.....
O que se pode registrar desde logo é que seu consumo normal não causa obesidade, e mesmo o consumo excessivo e anormal não causará a obesidade, que tem origem multifatorial."¹⁹

59. Nesses casos, demonstrada a não infração ao dispositivo legal, a doutrina tem se posicionado pela decretação de nulidade do ato administrativo no qual a imposição da multa se baseou:

"(3) pode haver casos em que o juiz não saiba qual a melhor opção, mas tem certeza de que a alternativa escolhida não está contemplada na lei, portanto, não é a melhor; ou seja, "o fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que esta não é", nas lições do festejado mestre português Afonso Rodrigues Queiro [*Reflexões sobre a teoria do desvio de poder*, p. 79], encarecido pelo insigne Celso Antonio Bandeira de Mello. Neste caso, o magistrado deverá nulificar o ato administrativo."²⁰

¹⁹ LUÍS ROBERTO BARROSO, no PARECER retro citado em caso em que se pretendia restringir a publicidade de refrigerantes e sucos, págs. 266 e 268.

²⁰ "A Sanção no Direito Administrativo", HERALDO GARCIA VITTA, ps. 101/102 - negritos nossos.



60. Por todas estas razões, é inafastável concluir que as razões lançadas no AUTO DE INFRAÇÃO não podem subsistir.

VII - O VALOR ESTIMADO DA RECEITA MÉDIA MENSAL:

1. A Requerida estimou, sem adequado embasamento ou dado objetivo, que a Requerente teria receita bruta mensal de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), considerado para cálculo e imposição da multa final de R\$ 105.493,33, com vencimento para 13/11 passado.

2. Esse estranho modo de agir, além de espelhar gravíssimo cerceamento de defesa, evidencia a nenhuma relação desse valor (estimado) com o dano supostamente dano causado, afrontando, inequivocamente, os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

3. A Requerente, apesar de discordar com a autuação, apresentou, em atenção ao princípio da eventualidade, DECLARAÇÃO subscrita por profissional contabilista devidamente inscrita no CRC (doc. 07), demonstrando que a média de sua receita bruta mensal, no ano de 2008 (anterior ao da autuação) foi de R\$ 17.029.858,55. Essa informação também constou da DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO PARA O EXERCÍCIO FINDO EM 31/12/2008 - DER, anexada aos autos do procedimento administrativo, apontando que a Requerente teve *prejuízos* no exercício anterior ao da autuação (2008).

4. Dessa forma, não poderia a Requerida ter efetuado o cálculo da multa tendo como base o valor hipotético da "condição econômica do fornecedor (artigo 57, *caput*, CDC); ao contrário, deveria valer-se do valor concreto que foi demonstrado nos autos do processo administrativo, considerando, inclusive a ocorrência de *prejuízo* apontada no resultado do ano anterior ao da autuação, exercício de 2008.

5. Mas a Requerida, além de não ter observado os documentos que apontavam para *prejuízos* no ano de 2008, não observou também a gradação prevista no artigo 57, *caput*, CDC, dispondo que:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993)

6. Segundo esse dispositivo, 03 (três) são os requisitos a serem observados na gradação da multa (sempre dependente da comprovação efetiva de infração às normas de consumo): (i) gravidade da infração, (ii) vantagem auferida com a venda de produtos (entenda-se, a venda de produtos durante o período da promoção) e (iii) condição econômica do fornecedor.

7. Isso significa que a Requerida deveria dar atenção aos princípios da *razoabilidade* e da



[Handwritten signature]

proporcionalidade, não bastando considerar apenas um dos requisitos, quando a lei determina que são três

8. Como também não basta desconsiderar, ou dispensar, o pedido de realização de prova pericial contábil para apuração da real vantagem auferida com a venda de produtos (entenda-se, a venda de produtos durante o período da promoção), o que certamente implica em manifesto cerceamento de defesa.

9. Conforme entendimento da doutrina:

"Especificamente a multa administrativa, a doutrina vem acolhendo entendimento, segundo o qual o juiz poderá reduzi-la; nunca, porém, aumentá-la. É o que ensina a culto e saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, com sua experiência de Professor e Magistrado.¹⁰⁰

100. "Discute-se se o juiz pode reduzir a multa administrativa. Se esta é estabelecida em lei dentro de limites legais, lhe é lícito alterá-la para menos, respeitado o mínimo legal, se tiver como exagerado o quantum fixado, administrativamente, em atenção a falta cometida, como exercício abusivo do agente público de seu direito de dosá-la. Entretanto, não poderá desobrigar o infrator do pagamento de qualquer multa, *salvo se considerar [que] inexistiu culpa do multado, e, então, ela não se justifica*. O fato de entendê-la excessiva em conformidade com a falta, não lhe autoriza redução ou dispensa, se essa decisão contrariar as disposições legais taxativas a respeito do *quantum* da multa e da sua aplicação" (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 503). *A jurisprudência pátria vem admitindo a redução de multa pelo juiz a fim de conformá-la aos limites previstos em lei* (cf. Edilson Pereira Nobre Junior, 'Sanções administrativas...', cit., RDA 219/145).²¹

²¹ "A Sanção no Direito Administrativo", HERALDO GARCIA VITTA, p. 102 - **negritos nossos**.

10. O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, verificando a não observância dos três requisitos em casos concretos de atuação pelo PROCON/SP, decidiu **reduzir** a multa para o mínimo legal (200 UFIR's), tomando em consideração o valor da assinatura anual (R\$ 72,00) da revista.

"O valor da multa deve ser aplicado de acordo com o estabelecido na legislação específica, conforme artigo 57, parágrafo único, da Lei n° Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei n° 8.656, de 21.5.1993)
Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.
(Parágrafo acrescentado pela Lei n° 8.703, de 6.9.1993)

No caso, se mostra exacerbado o valor da multa, fixado em R\$ 276.671,00 (fls. 89/90), que levou em conta apenas a condição econômica patrimonial da apenada, sem considerar as demais circunstâncias para a graduação da pena.

Apesar do considerável valor da média mensal da receita da apenada, de R\$ 23.020.952,00 (fls. 89), também deve ser considerado o valor do contrato, de R\$ 72,00, e a gravidade da infração, que foi corrigida, embora somente após a segunda reclamação do consumidor.

Dessa forma, entendo de reduzir a multa, baseado em critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, para o mínimo legal de duzentas UFIR."

(TJSP, Apelação Cível n° 994.09.257463-2, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Edson Ferreira, provimento em parte, v.u., j. 18/08/2010)

11. Esse julgado guarda identidade com a situação dos autos, quer em razão do elevado valor da multa que foi aplicada à Requerente (R\$ 105.493,33), quer em razão da inteira desconsideração das informações contábeis oportunamente apresentadas oportunamente (em especial a demonstração de

37
prejuízos da Requerente no ano anterior ao da autuação - 2008), quer em razão do valor pago pelo consumidor para realização da troca (R\$ 7,99).

12. Dessa forma, caso não venha a ser decretada a nulidade do AUTO DE INFRAÇÃO, face ao entendimento (ainda que absurdo) de abusividade da publicidade, *ad argumentandum tantum*, requer ao menos seja determinada a *redução proporcional* da multa para o mínimo legal (200 UFIR's).

VIII - DA CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

1. Demonstrada a inoccorrência de abusividade na promoção e sua publicidade; considerando ainda que a motivação distancia-se do entendimento *razoável* sobre a matéria; somando-se a isso a inobservância dos critérios definidos no artigo 57, CDC, bem como dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é necessária a concessão da *antecipação da tutela*, visando a suspensão de exigibilidade imediata da multa e *evitar*, ainda que provisoriamente, a *inscrição da dívida ativa e inscrição do nome da Requerente no CADIN*, o que certamente trará desastrosas consequências ao regular e pleno exercício de suas atividades empresariais, sabendo-se que tais atos importam em restrições ao crédito, dificuldades na operacionalização de importações de matérias primas, exportações, etc..., fatores estes que inegavelmente evidenciam a probabilidade de vir a Requerente a sofrer *prejuízos maiores* do que se efetuar o pagamento da multa.

2. Entende a Requerente estarem presentes os requisitos que autorizam a concessão da antecipação da tutela, para os fins acima indicados, dada a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, estando também caracterizado o abuso no exercício do poder fiscalizatório (artigo 273, incisos I e II, CPC) pela Requerida.

3. É inequívoco que a Promoção Zoobremesas, na forma como concebida e veiculada sua publicidade, não afrontou ao disposto no artigo 37, § 2º, CDC, estando em igualdade com inúmeras outras promoções comerciais veiculadas na TV (violação ao princípio da isonomia); é inequívoco que as crianças que assistiram ao referido anúncio, no curto período de sua realização, não passaram a sofrer de obesidade infantil (como dito, uma questão multifatorial), além de não terem condições de adquirir produtos onerosos (competência exclusiva dos pais ou responsáveis), revelando que a Requerida desvirtuou-se da motivação razoável visando justificar a atuação; além de não terem sido considerados os requisitos do artigo 57, CDC na graduação da multa (violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade).

4. Embora entendendo, *in casu*, presentes elementos que conduzem à conclusão de que a Requerida agiu com manifesto abuso no exercício do poder fiscalizatório, a antecipação da tutela poderá ser precedida, se V. Exa. entender necessário, do depósito do respectivo valor (**caução**), conforme decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 994.09.213590-3, 7ª Câmara de Direito Público, v.u, j. 30/08/2010, Rel. Des. Constança Gonzaga), *in*

39

ACÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO -
MULTA LAVRADA PELO PROCON - ANTECIPAÇÃO DE
TUTELA QUE SE MOSTRA VIÁVEL NO CASO
CONCRETO. MOMENTE PORQUE NENHUMA
IRREVERSIBILIDADE HAVERÁ NO CASO - DEPÓSITO
DO VALOR DA MULTA QUE PODERÁ SUSPENDER A
SUA EXIGIBILIDADE, DIANTE DA ADEQUAÇÃO COM
O ART. 38, DA LEI Nº 6.830/80 - DECISÃO
MODIFICADA - CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA
TUTELA, CONDICIONADA AO DEPÓSITO DA MULTA -
RECURSO PROVIDO EM PARTE.

5. De fato, não há risco de irreversibilidade que pudesse impossibilitar a antecipação dos efeitos práticos do provimento.

6. E para assegurar a eficácia da medida visando a suspensão de exigibilidade imediata da multa e *evitar*, ainda que provisoriamente, a *inscrição da dívida ativa e inscrição do nome da Requerente no CADIN*, requer a imposição de multa diária a ser fixada por esse r. Juízo, em valor eficaz e inibitório, para que o Requerida adote, de pronto, as medidas inibitórias que vierem a ser definidas, sem prejuízo de outras providências que certamente poderão ser determinadas por V.Exa., visando evitar a ocorrência de tais atos, que certamente trarão enormes prejuízos à Requerente.

7. Após a concessão da tutela específica, *inaudita altera pars*, requer seja determinada a citação da Requerida por Oficial de Justiça (artigos 172, § 2º e 222, letra 'f', CPC) para que, sob as penas da revelia (artigos 285 e 319, CPC), responda à presente ação, acompanhando-a até final decisão.

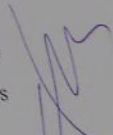
40
IX - CONCLUSÃO:

1. Diante do exposto, tendo demonstrado que (i) o AUTO DE INFRAÇÃO padece de vícios que comprometem a legitimidade e o exercício da atividade sancionatória; (ii) as razões de mérito ora apresentadas demonstram a **nenhuma** potencialidade negativa gerada pela publicidade perante o público em geral, face à **não ocorrência de abusividade**, sob nenhum aspecto e/ou fundamento, especialmente porque a Requerente, na realização da promoção, **não se aproveitou** indevidamente da hipossuficiência das crianças, **não vinculou** a participação à aquisição dos produtos, **não impingiu** a compra de toda a coleção, **nem violou** quaisquer preceitos legais, amparando sua conduta em preceitos constitucionais (como a **liberdade de expressão, não censura, livre iniciativa e livre concorrência**), requer seja declarada a **nulidade** do AUTO DE INFRAÇÃO e da respectiva sanção pecuniária.

2. Alternativamente, caso não seja esse o entendimento de V.Exa., *ad argumentandum tantum*, requer seja determinada a **redução proporcional** da multa para o mínimo legal (200 UFIR's), condenando a Requerida, em ambos os casos, a suportar com as custas processuais, despesas judiciais e honorários advocatícios.

3. Protesta provar o alegado por **todos os meios de prova** em direito admitidas, tais como juntada de documentos, realização de perícias, oitiva de testemunhas, etc...

4. Requer, por fim, que todas as intimações processuais sejam realizadas em nome do subscritor desta, que as



44

recebe na R. Pamplona nº 1.018, 4º andar, conj. 44, Jardim Paulista, São Paulo - SP, CEP 01405-001, tel. 3285.2410, anotando-se o respectivo nome e nº de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (nº 107.437), na contra capa dos autos para os devidos fins.

5. Termos em que, dando-se à causa o valor de R\$ 105.493,33,

P. deferimento.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.


DURVAL AMARAL SANTOS PACE

OAB/SP. 107.437