

25/4



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
01152-000, SÃO PAULO-SP

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO  
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Embargos de Declaração n. 0035929-18.2012.8.26.0053/50000  
Sala 502

**FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON**, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n ° 57.659.583/0001-84, nos autos do recurso em epígrafe interposto por **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, vem, perante Vossa Excelência, apresentar **CONTRARAZÕES DE RECURSO ESPECIAL** com base nos argumentos de direito constantes na minuta anexa.

Requer, ainda, sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores **Dra. Maria Bernadete Bolsoni Pitton**, OAB/SP 106.081; **Dra. Tatiana de Faria Bernardi**, OAB/SP 166.623 e **Dr. Adriano Pugliesi Leite**, OAB/SP 172.844.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, terça-feira, 6 de maio de 2014.

**MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**

Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081

2012.01.196092

TJFZ/INSELTA 0586114 13H39 2014.00288172-3(176)



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
 01152-000, SÃO PAULO-SP

**CONTRARAZÕES DE RECURSO ESPECIAL**

Egrégio Superior Tribunal de Justiça  
 Excelentíssimos Senhores Ministros

Cuidam os autos de ação anulatória movida pela recorrente, visando à anulação do auto de infração e imposição de multa nº 3211, série D7, processo administrativo 1464/2009, lavrados pela recorrida, por afronta aos artigos 31, e 37 parágrafo 2º, ambos da Lei nº 8.078/90, em que recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe de R\$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do mesmo Diploma Legal.

As condutas praticadas consistiram em:

- 1 – Veicular campanha publicitária intitulada “Luzes, Câmera e Ação” que aproveita da deficiência de julgamento e experiência do público infantil, infringindo o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor;
- 2 – Deixar de informar ostensiva e adequadamente na campanha publicitária “Luzes, Câmera e Ação”, o custo efetivo para envio de mensagem de participação na promoção divulgada, infringindo, desta forma, o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor;
- 3- Deixar de informar no “relatório gerencial”, por meio do qual fornecia o código para participação na promoção e número para o qual a mensagem deveria ser enviada, da campanha publicitária “Nestlé Torce por Você”, o custo relativo ao envio de cada mensagem, infringindo o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

2012.01.196092



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Inconformada, ajuizou ação anulatória com o escopo de anular o auto de infração e o correspondente processo administrativo.

Após regular instrução foi a ação julgada procedente para afastar as infrações, sob fundamento de que, embora a campanha seja voltada a crianças, os produtos destinam-se, também, a adultos e que a informação sobre o custo do SMS constava do rodapé do anúncio.

Foi manejado o competente recursos de apelação.


Sobreveio o v. acórdão que deu provimento parcial ao referido recurso, para reformar a r. sentença de 1º grau e julgar apenas parcialmente procedente os pedidos contidos na peça inicial, anulando a multa quanto à infração ao disposto no parágrafo 2º do artigo 37 da Lei 8078/90 e mantendo aquela por ofensa ao disposto no artigo 31 do mesmo *Codex*.

Manifestando seu inconformismo, interpôs a recorrente o presente recurso especial com lastro no artigo 102, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CF, alegando suposta violação ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta, ainda, que o v. acórdão recorrido teria conferido interpretação divergente do entendimento proferido por outros Tribunais acerca da matéria aventada.

A pretensão recursal não se sustenta, sendo certo que o v. Acórdão recorrido não nega vigência ou contraria o comando infraconstitucional invocado. Tampouco existe o ventilado dissídio jurisprudencial.

2012.01.196092





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
01152-000, SÃO PAULO-SP

**1. DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL – CLARA INTENÇÃO DE DISCUTIR A JUSTIÇA DO JULGAMENTO COM BASE NA ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07 DO SUPERIRO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**


O recurso especial, em razão do seu caráter excepcional, não constitui via adequada para a discussão da justiça da decisão. Quando baseado no art. 105, III, “a”, da CF/88, destina-se a corrigir eventual negativa de vigência ou contrariedade à lei federal, onde o interesse pessoal da parte é atendido apenas secundariamente, por consequência do restabelecimento da autoridade da norma afrontada, o que não é o caso dos presentes autos.

O que o recorrente pretende é rediscutir a *justiça* do julgado, porquanto não se coadunaria com os elementos fático-probatórios constantes nos autos, fato que impede o conhecimento do recurso especial por demandar análise do contexto fático-probatório, em dissonância com a Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

A bem da verdade, o que o recorrente busca é não arcar com penalidade administrativa alguma, apesar de ter cometido flagrante infração ao artigo 31 e também ao artigo 37, parágrafo 2º, ambos do CDC, circunstância que, por si só, justificaria a aplicação de penalidade administrativa.

Ao que se vê, o que pretende o recorrente é questionar a *justiça* do julgado, **como se manejassem nova apelação**, pretensão descabida em sede de recurso especial, destinado, apenas reflexamente, à realização do direito material almejado pela parte. Noutros versos, o que, na verdade, ela pretende é deixar de pagar a multa a ela imposta.

2012.01.196092





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
01152-000, SÃO PAULO-SP

Com efeito, considerando que o recurso especial tem clara intenção de rediscutir a justiça do julgamento proferido e busca devolver à instância extraordinária matéria fático-probatória que já foi objeto de exaustiva apreciação, impõe-se seu não conhecimento com base na Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

**2 - DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL BASEADO NO ARTIGO 105, INCISO III, ALÍNEA “C”, DA CF/88.**

Pela análise dos autos, resta ilidida a possibilidade de cabimento do recurso especial na hipótese de divergência jurisprudencial, vez que o acórdão trazido à colação pela recorrente (Apelação Cível 1.0024.02.703360-4/001 – Relator Osmando Almeida – 9ª Câmara Cível – TJMG) não se presta a comprovar a divergência jurisprudencial, vez que os casos não guardam qualquer similitude entre si e tampouco não são idênticos.

Isto porque, o acórdão tido como paradigma trata de matéria concernente à **publicidade enganosa**, nos moldes do **artigo 37, § 1º do Código de Defesa do Consumidor**, ao passo que o acórdão recorrido versa sobre clara hipótese de **publicidade abusiva**, presente na veiculação de campanha publicitária que aproveita da deficiência de julgamento e experiência do público infantil, em clara violação ao **artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor**, além de deixar de prestar informações ostensivas e adequadas acerca de pontos essenciais na referida campanha, violando o **artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor**.

E ainda que assim não fosse, no **acórdão paradigma**, a **publicidade enganosa** em debate foi veiculada através de **jornal**, em que o consumidor tem tempo hábil de fazer uma leitura mais crítica, ao passo que no acórdão recorrido a

2012.01.196092



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
 01152-000, SÃO PAULO-SP

campanha **publicitária abusiva** intitulada “LUZES, CÂMARA, AÇÃO foi veiculada pela **televisão** e durava apenas alguns segundos, o que impedia o consumidor de tecer um raciocínio mais crítico e atento acerca da mesma e até mesmo distinguir que se tratava efetivamente de uma mensagem publicitária.

Logo, os cenários fáticos de transmissão das campanhas publicitárias em nada se assemelham.

Inolvidável que, no caso de interposição de recurso especial lastreado na alínea "c" do artigo 105, III, a comprovação da divergência, nos moldes legais e regimentais, compreende requisito específico de admissibilidade recursal.

Como, em momento algum, restou comprovada a semelhança entre o acórdão recorrido e o paradigma, o recurso não poderá conhecido, mesmo porque seria de todo absurdo, sob o ponto de vista lógico, admitir divergência jurisprudencial entre casos que não guardam, entre si, a mínima relação de similitude.

**3 - DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL BASEADO NO ARTIGO 105, INCISO III, ALÍNEA “A”, DA CF/88. DA PATENTE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

Como bem reconheceu o v. acórdão recorrido, correta a autuação por ter o recorrente violado frontalmente as disposições contidas no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

*- Deixou de informar ostensiva e adequadamente o custo para envio da mensagem de participação na campanha publicitária “LUZES, CÂMARA, AÇÃO”, uma vez que é apresentado texto em reduzidas letras que permanece visível por poucos instantes, tornando difícil a leitura;*

2012.01.196092



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
01152-000, SÃO PAULO-SP

- Veiculou campanha publicitária relativa à promoção "NESTLE TORCE POR VOCÊ", deixando de informar no "relatório gerencial" por meio do qual fornecia o código para participação na promoção e o número para o qual a mensagem deveria ser enviada, o custo relativo de cada mensagem.

A recorrente, por seu turno, busca novamente esquivar-se de sua responsabilidade ante a violação à lei de consumo, aduzindo num primeiro momento, na seara administrativa, que o consumidor teria tido informação quanto ao custo do envio de SMS também através de "mensagens de resposta" ao celular dos participantes, o que só *confirma* a prática da conduta infratora, na medida em que o consumidor é informado do custo *APÓS* enviar a mensagem e não *antes do envio*, momento em que poderia optar sobre a viabilidade de sua participação nas referidas promoções.

Vale dizer, opta pura e simplesmente pela negativa geral, alegando em relação à campanha "LUZES, CÂMARA, AÇÃO" que em todos os meios publicitários para a divulgação da promoção, incluindo o custo do envio de SMS, foram disponibilizados de forma clara e adequada, no tempo e em tamanho que possibilitasse a plena visualização do consumidor. E que o consumidor teve acesso aos meios de divulgação da promoção para verificar os termos e condições da participação.

Em relação à promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", do mesmo modo, alega que em *todo o material da campanha era informado o custo relativo à mensagem, e que o "relatório gerencial" mencionado pela autuante não é um material publicitário de divulgação da promoção, e serve apenas para indicar o código promocional a ser enviado via SMS. Além disso, os documentos de fls. 464 e 465 do PA foram emitidos por estabelecimentos comerciais que não pertencem à empresa recorrente.*

2012.01.196092



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
 01152-000, SÃO PAULO-SP

No que pertine à campanha “LUZES, CÂMARA, AÇÃO”, verifica do filme publicitário que a informação quanto ao custo da mensagem de texto SMS foi oferecida apenas quando inicia a publicidade, em torno de 03 (três) segundos em letras brancas, miúdas e com fundo branco, ou seja, sem nenhuma ostensividade e completamente inadequado. Quiçá, até mesmo imperceptível numa filmagem em “*slow motion*”.

E ainda que o consumidor tivesse acesso a outros meios de divulgação da promoção como aventado pela recorrente, não lhe é retirado o dever de prestar referida informação de maneira clara, adequada e ostensiva quando da veiculação da publicidade, o que não ocorreu *in casu*.

Em relação à propaganda “NESTLÉ TORCE POR VOCÊ”, verifica-se nos “relatórios gerenciais” (fls.464/465), a veemente publicidade:

***Promoção Nestlé Torce por Você: envie o código via mensagem de texto (sms) do seu celular para 70000 e participe!!!***  
***Código: XXXX***

Desse modo, não é crível o argumento da recorrente de que o “relatório gerencial”, por meio do qual era fornecido o código para participação na promoção e o número para o qual a mensagem deveria ser enviada, não é um material publicitário.

Se no cupom é fornecido o código para participação da promoção, mas do que nunca, ali, dever-se-ia informar o custo para o envio da mensagem de texto.

2012.01.196092





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Neste contexto, temos que o Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os princípios da transparência e da informação, corolários do princípio da boa fé-objetiva, estipula que todo produto ou serviço deva ser acompanhado das informações quanto às suas principais características.

A boa-fé, em sentido amplo, é um conceito essencialmente ético, que podemos definir com base no magistério de ALÍPIO SILVEIRA como “a **consciência de não prejudicar a outrem em seus direitos**”. Em sentido estrito é essa mesma consciência de não prejudicar, quando fundada no erro ou ignorância.<sup>1</sup>

O artigo 31, do Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente, exige que sejam prestadas informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidade, quantidade, composição, preço, prazos de validade e origem, entre outros dados.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, autor do Anteprojeto da Lei 8078/90, a respeito da aplicabilidade do artigo acima descrito

*“O dispositivo tem, na sua origem, o **princípio da transparência**, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, caput). Por outro lado, é decorrência também do princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor.*

*Com efeito, 'na sociedade de consumo o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre’.<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> “A boa fé no direito civil”, in: Revista Forense, vol. LXXXVI, abril - 1941, p.14.

<sup>2</sup> “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 177/178. (grifos nossos)

2012.01.196092



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR  
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP  
01152-000, SÃO PAULO-SP

**4 – DO PEDIDO.**

Diante de todo o exposto, requer a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP seja negado seguimento ao recurso e no mérito, se a ele se chegar, seja improvido o recurso interposto, cujas razões são destituídas de qualquer fundamento.

São Paulo, 06 de maio de 2014.

Assinatura manuscrita em tinta preta, apresentando as iniciais 'MB' de forma estilizada.

**MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**

Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081

2012.01.196092