SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS
São Paulo Rua Galvão Bueno, 412 15º andar Liberdade
CEP: 01506-000 SP Brasil
T (55 11) 3273-4000 F (55 11) 3273-3745

TJSP-5ª CF-FAZENDA-18/ABR/2013 12:33 007812

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA – FÓRUM HELY LOPES - DA COMARCA DE SÃO PAULO DO ESTADO DE SÃO PAULO

SP13.20 - 12-04-2013 16:37 05FP 000.0.0522537A

Processo autuado sob nº 0035929-18.2012.8.26.0053
Ação Anulatória

NESTLÉ BRASIL LTDA., devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, que move em face de **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de seus advogados signatários, em atenção ao R. despacho de fls.[1], e com fundamento no artigo 518[2] do Código de Processo Civil, e demais dispositivos pertinentes apresentar

CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

o que faz por meio das inclusas razões de fato e de direito, pugnando para que seja negado provimento ao recurso ora respondido.

Conforme se pode denotar do r. Despacho de fls. dando ciência às partes do recebimento do Recurso de Apelação, este N. Magistrado deferiu o pleito de duplo efeito apresentado pela Apelante, entretanto, data

[1] *"VISTOS. Recebo o(s) recurso (s) interposto (s) nos efeitos devolutivo e suspensivo. Às contrarrazões. Regularmente processado, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça Seção de Direito Público, observadas as formalidades legais. Int."*

[2] ***Art. 518.*** *Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

vênia, referido despacho está em dissonância para com as disposições legais pertinentes ao caso.

Neste esteio, ante a confirmação dos efeitos da tutela antecipada recorrida, uma vez que a r. sentença de primeiro grau declarou o auto de infração que gerou a presente ação NULO, considerando-se ainda a clara ofensa à matéria de notória ordem pública, com base no inciso VII do Artigo 520 do Código de Processo Civil [3], requer-se neste momento a reconsideração do ora decidido no tocante ao recebimento do Recurso de Apelação interposto, para que este seja recebido **apenas em seu efeito devolutivo**.

Por fim, requer-se que todas as publicações e demais intimações relacionadas ao feito sejam expedidas, conjunta e exclusivamente, **sob pena de nulidade**[4], em nome do Drs. **CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO** e **GUSTAVO GONÇALVES GOMES**, inscritos na OAB/SP sob os n°s 169.709-A e 266.894-A, respectivamente, ambos com Escritório na Rua Galvão Bueno, nº 412, 15º andar, Liberdade, CEP 01506-000.

Nestes termos,
pede deferimento.

São Paulo, 11 de abril de 2013.

GUSTAVO GONÇALVES GOMES
OAB/SP Nº 266.894-A

THAÍS MATALLO CORDEIRO
OAB/SP Nº 247.934

RAPHAEL CESENA GUTIERREZ
OAB/SP Nº 311.419

JULIANA S. FONSECA
OAB/SP Nº 251.173

[3] Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que: (...)VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

[4] "Advogado – Patrocínio em conjunto – Patrono designado para receber intimações. Se vários advogados patrocinam uma só parte em determinado processo, é lhes permitido eleger um deles, para receber as intimações. Designado, expressamente, o advogado que receberá as intimações, serão ineficazes aquelas dirigidas a outros patronos". (STJ – 3ª T. Resp. nº. 225.459-GO; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; j. 16/09/2004. V.U – grifou-se)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo do Estado de São Paulo
Processo nº 0035929-18.2012.8.26.0053

APELANTE: **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**

APELADO: **NESTLÉ BRASIL LTDA.**

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

Nobres Julgadores.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cabe mencionar que as presentes Contrarrazões ao Recurso de Apelação são apresentadas no prazo legal de 15 (quinze) dias, conforme estabelecido pelo artigo 508[5], do Código de Processo Civil.

Com efeito, a r. decisão que recebeu o Recurso de Apelação interposto pela Ré, ora Apelante, foi disponibilizado no Diário Oficial em 26 de março de 2013 (terça-feira). Desse modo, considera-se a referida decisão publicada, portanto, em 27 de março de 2013 (quarta-feira), nos termos do Artigo 4º, §3º[6], da Lei 11.419/2006.

Logo, em conformidade com o artigo 184, *caput* e § 2º[7], do Código de Processo Civil, o cômputo do referido prazo, diante da suspensão

[5] ***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.*
[6] ***Art. 4º.*** *Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.*
(...)
§ 3º *Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.*

[7] Art. 184. *Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

do expediente forense, conforme provimento 2.023/2012 (Doc. 1), o prazo iniciou-se na data de 01 de abril de 2013 (segunda-feira), encerrando-se somente em 15 de abril de 2013 (segunda-feira), não restando dúvidas, portanto, quanto à sua tempestividade.

II. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Anulatória, movida por **NESTLÉ BRASIL LTDA** em face de **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**, na qual a Apelada pretende a anulação das decisões proferidas pelo Apelante, as quais condenaram esta empresa ao pagamento de multa no importe de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

Referida punição administrativa foi oriunda de uma autuação efetuada pelo PROCON-SP, ora Apelante, mediante a lavratura do Auto de Infração nº 3211 Série D7, com base em representação oferecida pelo Instituto Alana, iniciando-se, assim, o processo administrativo nº 1464/2009.

Referido processo administrativo surgiu de supostas infrações decorrentes da veiculação pela Apelada de duas campanhas publicitárias, relativas às promoções comerciais "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

Nesse esteio, em relação à propaganda da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", esclareceu-se que a participação no sorteio de prêmios estaria condicionada ao envio por SMS de código fornecido em cupom fiscal emitido após a compra de R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé.

Segundo a Apelante, tratou-se de campanha publicitária abusiva, vez que direcionada ao público infantil, violando supostamente, assim, o artigo 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR e o artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/1990.

Além disso, de acordo com a Apelante, teria a Nestlé infringido o

(...)
§ 2º *Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único).*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

artigo 31 da Lei nº 8.078/1990, em razão da falta de informação adequada, na referida propaganda, quanto ao custo para o envio de mensagem pelo telefone móvel.

Já no tocante à promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", esta empresa teria deixado de informar o custo relativo ao envio de cada mensagem no Relatório Regencial, documento no qual era fornecido o código para participar da promoção, bem como o número para o qual a mensagem deveria ser enviada. Assim, haveria suposta infração ao artigo 31 da Lei nº 8.078/1990.

Discorreu a Apelada acerca das nulidades existentes no processo administrativo, bem como suscitou as normas vigentes no direito pátrio a fim de justificar a notória irregularidade das decisões proferidas pelo Apelante.

Com base em referidas alegações a Apelada ingressou com a presente ação requerendo: a) a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de: (i) *suspender a exigibilidade da sanção administrativa, consistente na aplicação da multa de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos) e (ii) que o órgão Réu se abstenha de inscrever o débito apontado em dívida ativa até o julgamento final da presente ação;* b) seja ao final confirmada a tutela antecipada e julgada **totalmente procedente** a presente ação para anular o Auto de Infração lavrado pelo órgão Réu, e, consequentemente declarar nula e inexigível a multa imposta; c) na remota hipótese do pedido anterior não ser acolhido por esse D. Juízo, e vir a ser reconhecida a procedência do Auto lavrado pelo Réu, ora Apelante, o que se admite apenas para argumentar, requer, subsidiariamente, que seja minorado o quantum fixado, a título de multa, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A Apelante foi citada e apresentou contestação.

Sobreveio sentença em que o Nobre julgador de Primeira Instância brilhantemente entendeu pela procedência do pedido da Apelada, nos seguintes termos:

> *"Ante o acima exposto, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abusividade, sendo de rigor o decreto*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

de procedência do pedido. Posto isso e pelo mais do que nos autos consta, julgo PROCEDENTE o pedido para anular o auto de infração nº. 3211, série D7. Em face da sucumbência experimentada, arcará o réu com o pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas do desembolso, e honorários advocatícios de R$ 10.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil".

Inconformada, a Apelante interpôs Recurso de Apelação reiterando o quanto alegado em contestação no sentido de que as propagandas mencionadas acima teriam infringido os artigos 31 e 37, § 2º da Lei nº. 8.078/1990.

Diante do exposto, e tendo em vista que o M. Juízo *a quo* julgou acertadamente pelas provas produzidas nos autos, tem-se que a R. sentença deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, devendo ser negado provimento ao presente recurso, conforme razões a seguir expostas.

DAS RAZÕES PARA QUE SEJA NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA RÉ

III. PRELIMINARMENTE

III.A. DO INDEVIDO RECEBIMENTO DA APELAÇÃO EM SEU DUPLO EFEITO – NECESSIDADE DE RECEBIMENTO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO

Antes de adentrar ao mérito, cumpre a Apelada reiterar o quanto requerido em sua exordial no que tange ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela antecipada.

A presente ação teve o objetivo de declarar nulo o Auto de Infração lavrado pelo órgão Apelante e tornar inexigível a absurda multa aplicada à Apelada, uma vez que, conforme ficou consignada em sentença, esta foi aplicada sem qualquer fundamento e de forma totalmente abusiva.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Ao julgar a presente ação procedente, o nobre magistrado **confirmou** o quanto referido em sede de tutela antecipada, uma vez que declarou nulos o auto de infração e a penalidade imposta, porquanto as propagandas veiculadas pela Apelada não continham qualquer ilegalidade ou abusividade.

Desta forma, diante do previsto no inciso VII do artigo 520 do Código de Processo Civil, deve o recurso de Apelação ser recebido apenas no efeito devolutivo, conforme abaixo se vê:

> *"Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:*
> *(...)*
> *VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela;"*

Por conseguinte, em razão da confirmação da tutela antecipada em sede de sentença, bem como em respeito ao segundo juízo de admissibilidade que os recursos devem ser submetidos no Tribunal, vem requerer seja a Apelação da Ré recebida tão somente em seu efeito devolutivo.

III.B. DO VALOR DEPOSITADO A TÍTULO DE GARANTIA – DESNECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO

Cumpre à Apelada, uma vez mais rebater a tese da Apelante de que os valores depositados nos autos se mostram insuficientes a garantir a inexigibilidade do débito discutido, porquanto não observada a atualização monetária dos valores depositados.

Nobres Julgadores, de pronto, deve-se trazer à baila que fora depositado nos presentes autos o valor de **R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos)**, monta esta de grande expressão.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Fica ainda mais evidente, com a brilhante decisão proferida pelo ilustre magistrado de primeira instância que, muito embora a quantia tenha sido devidamente depositada, ela sequer era devida, a uma pelo valor exorbitante e a outra pela abusividade de sua aplicação.

Vale aqui destacar o entendimento trazido na sentença de 1º grau proferida nos autos:

> "*Afasto a preliminar arguida pela ré, pois o depósito foi integral e corresponde ao valor exato da multa aplicada à autora*"

Novamente, com o evidente intuito de obter algum provimento jurisdicional favorável e desvirtuar a matéria que de fato é pertinente nos autos, a Apelante protesta pela diferença de R$ 1.629,30 (um mil seiscentos e vinte e nove reais e trinta centavos.

Descabido, portanto, o intento da Apelante no fito de ver derrubada suspensão de exigibilidade do débito ora discutido, motivo pelo qual se deve afastar-se uma vez mais a preliminar, agora arguida em sede de Recurso de Apelação.

Outrossim, destaca-se, novamente, que o valor depositado fora exatamente o valor constante na intimação da decisão administrativa, valendo mencionar que a propositura da presente Ação Anulatória foi exatamente com o intuito de se discutir a validade e exigibilidade do referido débito, sendo certo que ao final dessa ação o referido valor não será realmente devido, diante da ausência de fundamentos para se alcançar o pleito recursal.

IV. MÉRITO

IV.A DA EXPRESSA LEGALIDADE DAS PROPAGANDAS VEICULADAS – DESTINAÇÃO E LEGALIDADE DA CAMPANHA PROMOCIONAL "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!"

Em estrita análise ao quanto contido na petição inicial e na própria Contestação apresentada pela Apelante, restou patente que a

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Apelada jamais praticou as supostas condutas infrativas indicadas pelo r. órgão na autuação realizada, restando, assim, imperiosa a declaração de inexigibilidade da sanção administrativa imposta de forma absolutamente indevida.

Esclarecidas em exordial as regras para a participação na promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", a Apelada demonstrou que a campanha publicitária para a sua divulgação foi realizada em conformidade com a legislação vigente, sendo veiculadas todas as informações de forma clara e transparente, não havendo que se falar em publicidade abusiva, ao arrepio das alegações trazidas pela Apelante.

Insiste a Apelante em tentar justificar a multa aplicada pelo fato de que a propaganda "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" seria supostamente destinada ao público infantil e, portanto, segundo sua tese, abusiva.

Ora Nobres Excelências, melhor sorte não assiste a Apelante em seus argumentos de defesa, uma porque sequer a promoção em comento se destinava ao público infantil, outra porque, ainda que se aceite como verdadeira tal destinação, nada há de ilegal em tal prática.

Como bem asseverado pelo nobre magistrado, como se menciona abaixo, ainda que a publicidade se destinasse ao público infantil, os produtos Nestlé não são, inexistindo, portanto, qualquer abusividade.

> "*A propaganda utilizada é, sim, dirigida ao público infantil. Ponto absolutamente incontroverso e parte de uma estratégia comercial, já que se trata de público alvo da campanha publicitária. No entanto, deve ser ressaltado que os produtos Nestlé não são consumidos somente por crianças. É notório que muitos adultos os consomem. A embasar essa afirmação, valho-me dos costumes, fonte do Direito e previsto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.* ***Em inspeção judicial (artigo 440 do Código de Processo Civil), esta magistrada acessou o site da autora (www.nestle.com.br) e lá encontrou várias marcas de produtos consumíveis não só***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

por crianças, mas por adultos também".

Não logrou êxito a Apelante em comprovar que o público da propaganda era o exclusivamente infantil, não se desvencilhando do fato de que, para que se pudesse participar da promoção em comento, exigia-se do participante conduta apenas praticável por pessoa de capacidade civil plena.

Afastou ainda a nobre magistrada o argumento de que a Apelada teria se aproveitado da "*deficiência de julgamento e experiência da criança*", com os brilhantes argumentos transcritos abaixo:

> "*Com efeito, compra quem quer e compete aos pais e/ou responsáveis fiscalizar, ensinar e proibir*".

Ademais, referida promoção previa que na compra de no mínimo R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé, o consumidor deveria informar o código promocional no cupom fiscal, com um celular próprio para o envio via SMS.

Ressalta-se que o referido código era composto por 19 posições alfanuméricas que deveriam ser corretamente digitadas no aparelho celular, o que dificulta sobremaneira a atuação de uma criança neste sentido.

A Apelante prende-se ao fato de que a figura da apresentadora Xuxa, protagonista da campanha promocional, desperta notório interesse no imaginário infantil, arguindo ainda que a referida apresentadora é apelidada como "Rainha dos Baixinhos".

Ilustres Magistrados, a referida apresentadora é apelidada de "Rainha dos Baixinhos" desde a década de 80, os outrora "baixinhos" na década de 80 hoje se encontram com 30 anos ou mais.

Acolher as alegações do Réu, ora Apelante, seria o mesmo que proibir qualquer veiculação promocional incluindo a imagem da apresentadora, o que se configura claramente como censura em notória violação ao direito de expressão.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Outrossim, defende a Apelante em sua peça de bloqueio que os prêmios se destinavam supostamente ao público infantil e, contra tal argumento, repise-se os prêmios oferecidos pela Apelada: *(i) DVD "Xuxa Festa"; (ii) câmera digital marca Samsung modelo S860; (iii) Certificado de Ouro no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e viagem de turismo com direito a um acompanhante em um cruzeiro marítimo.*

O DVD e a participação nas filmagens de um filme com protagonista Xuxa eram apenas alguns prêmios da promoção, sendo que a Apelante ignorou por completo os demais itens como **câmera digital marca Samsung modelo S860; Certificado de Ouro no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e viagem de turismo com direito a um acompanhante em um cruzeiro marítimo.**

Como bem esposado em Petição Inicial, os resultados da promoção exprimem bem qual era o real público alvo da promoção, uma vez que **nenhum dos 10 (dez) ganhadores da viagem marítima era menor de idade** e, mesmo sendo permitido que o ganhador cedesse a participação nas filmagens ao acompanhante de viagem, dentre todas as pessoas que efetivamente participaram da gravação do filme, apenas **uma** era criança.

Quanto aos demais prêmios da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", estes foram distribuídos para o total de 18.500 (dezoito mil e quinhentos) ganhadores, dos quais nenhum tinha idade inferior a 12 (doze) anos, tratando-se, portanto, de, no mínimo, adolescentes, a teor do disposto no artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente[8].

Tal fato não foi refutado em Contestação, nem mesmo no presente Recurso de Apelação, até porque não resta dúvida quanto à arbitrariedade na conduta perpetrada pela Apelante quando da autuação da empresa Apelada.

Assim, sendo notório que a campanha promocional não foi destinada exclusivamente ao público infantil, como defendido pelo órgão Apelado, deve-se o presente Recurso de Apelação ser improvido, mantendo-se a r. sentença em sua integralidade.

[8] "Art. 2º *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.*"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Não obstante, ainda que entendesse a Apelante que a campanha promocional fora destinada ao público infantil, destaque-se a inexistência de ilegalidade e ilicitude em tal prática.

Inexiste lei ou norma que vede a propaganda publicitária destinada às crianças, sendo **a jurisprudência pátria pacífica quanto à possibilidade de veiculação de propaganda dirigida ao público infantil:**

> Ementa: "***Ação Civil Pública. Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado para o público infantil. Ausência de vedação constitucional ou legal de tal prática, não podendo se presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo. Princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e do princípio da isonomia (artigo 170, da Constituição da República). Recurso improvido.***"
>
> Voto: "(...) *Em suma, se o poder constituído do Estado, o Poder Legislativo, após cumprimento do processo legislativo, tivesse adotado como norma padrão para a sociedade brasileira a proibição de tal conduta, assim poderia o Poder Judiciário decidir.* ***Contudo, não tendo sido adotada tal norma, não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil.***
>
> *Tal qual pretendido pelo apelante, estaria o Poder Judiciário, ao arrepio dos princípios constitucionais e da Lei, a promover censura prévia, e, portanto, a cercear a manifestação do livre pensamento (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição da República).*
>
> *(...)*
>
> *Em suma, a veiculação de peça publicitária é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, apenas*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

passando pelo controle de legalidade do Poder Judiciário, caso se mostre exorbitante ou nociva.

O conteúdo de peça publicitária, pontualmente colocada sob análise judicial, apenas e tão somente poderia ser reputado ilegal, e, portanto, sujeito a sofrer restrição em sua veiculação, se ferisse tais princípios e regramento, o que também não se verifica no caso em testilha.

Isto porque, ad argumentandum, ***as peças publicitárias encartadas aos autos não trazem em seu bojo qualquer conteúdo nocivo ao público infantil (pelo contrário, as embalagens dos produtos trazem em destaque a tabela nutricional de cada um deles), nem tampouco se valem de forma inescrupulosa das condições de pequenos consumidores em formação. Em suma, não subtraem o ou diminuem o poder de escolha e orientação dos pais, seja na aquisição do produto, seja no consumo moderado, o que é salutar para todo e qualquer alimento.***

Ademais, retirar de circulação as estratégias de venda promovidas pelas rés, de forma genérica e irrestrita, também acabaria por ferir os princípios da livre concorrência e da igualdade (artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso e 170, inciso IV, todos da Constituição da República; e artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), e, não colocaria o público alvo aqui tutelado livre das inserções das demais empresas concorrentes, e, pelo contrário, passaria a se colocar em dúvida a própria qualidade e adequação dos produtos comercializados pelas apeladas. (...)"

(TJ/SP - 0029619-23.2010.8.26.0002 - Apelação - Relator: Maia Da Cunha - Câmara Especial - Data do julgamento: 19/09/2011 - Data de registro: 20/09/2011)

Sentença: "*(..) Cuida-se de Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, por sua Promotoria*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

de Justiça do Consumidor da Capital, visando compelir a ré a se abster de adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos, além de não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento e, por fim, condená-la a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, mediante recolhimento de indenização correspondente a 50% (cinqüenta por cento) do faturamento obtido com a venda de produtos da linha "Gulosos", durante a vigência da promoção "É Hora do Shrek". (...) Consigne-se, inicialmente, que a sociedade de consumo não existe sem a publicidade. É inerente às práticas de venda a oferta de produtos ao consumidor, seja qual for a estratégia aplicada, das mais simples táticas de rua às elaboradas campanhas publicitárias. A propósito já frisou Guido Alpa 'a publicidade pode, de fato, ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna'. No presente caso, tem-se uma prática de marketing utilizada pela ré para aumentar o consumo de seus produtos dentre o público infantil. Para tanto, utilizou-se de estratégia comumente vista no mercado brasileiro: a aquisição de determinados produtos, somada ao pagamento de uma certa quantia dá direito ao recebimento de um brinde exclusivo, durante o período pré-estabelecido. ***Não vislumbro qualquer abusividade nos anúncios veiculados, uma vez que a participação na promoção é de cunho facultativo, tratando-se de mera tática utilizada pela ré para aumentar o público alvo de seus produtos.*** *Os contornos de publicidade abusiva não estão totalmente definidos na ordem jurídica brasileira. Considera-se, em linhas gerais, de uma agressão a valores tidos como importantes pela sociedade de*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

consumo, ofendendo a ordem pública, de forma antiética, opressiva, inescrupulosa, acarretando danos substanciais aos consumidores. Diante do caráter altamente subjetivo de tal conceito, deve-se levar em conta o perfil do homem médio para traçar o parâmetro de abusividade, não se podendo ignorar a capacidade de discernimento e livre escolha de agentes capazes para tanto. ***Não obstante os produtos serem eminentemente dirigidos às crianças, a decisão a respeito de sua aquisição, ou não, cabe aos pais e responsáveis, esses sim dotados de discernimento para julgá-los necessários, adequados, tanto nutricional quando economicamente, para o consumo. De fato, o intuito da ré foi o de conquistar o público infantil, utilizando-se de personagem carismático para atrair sua atenção, contudo, não se pode olvidar de que se trata de marca de reputação antiga na indústria alimentícia brasileira, renomada e de confiança do público em geral, não se deixando de lado o peso dessas características no momento da escolha pelos responsáveis dos produtos alimentares.*** *(...). É inerente à publicidade seu caráter persuasivo, inclusive sua linguagem imperativa, como é gramaticalmente reconhecido, tudo com objetivo de criar demanda de um produto e contribuir para a boa imagem da empresa. Deste modo, não há que se falar em qualquer incongruência entre a linguagem utilizada e os tradicionais métodos empregados em anúncio.* ***A alegação do Ministério Público de que ao exclamar "Colecione!", ao final do anúncio, a ré estaria incitando o consumismo exacerbado no público infantil não merece guarida, pois, como já foi ressaltado o uso de imperativo é comum à linguagem publicitária e restringi-lo resultaria em restrição à liberdade de comunicação de marketing. (...) Diante disso, tendo em conta o princípio da legalidade, não há empecilho algum***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

no ordenamento do consumidor brasileiro, que impeça a empresa-ré de realizar tal anúncio promocional. *Ficam rejeitadas todas as alegações em sentido contrário, por conseguinte, sem embargo do empenho profissional do ilustre representante do Ministério Público. Diante do exposto e à luz de tudo o mais que dos autos consta, julgo IMPROCEDENTE esta AÇÃO CIVIL PÚBLICA que o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO moveu contra PANDURATA ALIMENTOS LTDA. (...)"*
(TJ/SP - 583.00.2008.169077-0 - Juíza: Tânia Mara Ahualli - 41ª Vara Cível do Fórum Central - Data da Sentença: 23/12/2008)

Como é possível verificar nos referidos julgados proferidos pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo, os argumentos acostados à Contestação do Instituto Alana e do órgão Apelante violam diretamente o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal[9]), uma vez que não podem arguir a proibição de veiculação de publicidade dirigida ao público infantil, se inexiste vedação, por norma constitucional ou legal, de propagandas desta natureza.

Proibir a veiculação de campanha publicitária pelo simples fato de ser destinada ao público infantil representaria nada mais que o cerceamento à manifestação do livre pensamento (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal[10]), configurando censura ilegal e abusiva.

Ao lado disso, estar-se-ia violando os princípios da livre concorrência e da igualdade (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal[11];

---

[9] "Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
(...)
*II - **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;***"
[10] "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;***"
[11] "Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

e artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor[12]), uma vez que as empresas concorrentes continuariam a veicular propagandas destinadas ao público infantil.

Ao contrário do quanto alegado pela Apelante, a promoção não condicionou a participação no sorteio mediante a aquisição de produtos calóricos. Muito pelo contrário, conforme conclusão trazida pela nobre magistrada, por meio de inspeção no site da Apelada, o consumidor poderia escolher entre diversos produtos da marca **NESTLÉ**, como se vê abaixo:

> "*Existem produtos que vão desde chocolates, café, cereais, iogurtes, sorvetes, chás, achocolatados, produtos à base de soja, biscoitos etc.* ***Verifica-se, pois, que são alimentos que podem ser consumidos por adultos OU crianças****, de modo que a campanha é voltada para crianças, mas os produtos que devem ser comprados a fim de que se possa participar da mesma não são destinados ao público infantil. Daí porque a inexistência da abusividade****. A corroborar a assertiva acima, ainda em inspeção judicial, no site da empresa existe a indicação dos produtos destinados unicamente às crianças e pasmem! – são produtos saudáveis: papinhas, Mucilon, Ninho e Nutren Kids, o que afasta a alegação de prejuízo e abuso sustentada pelo réu ao aplicar a multa*". (grifamos)

Importante destacar que a campanha publicitária articulada pela Autora em nenhum momento agride ou coloca em risco a segurança ou saúde dos consumidores, sejam eles de qualquer faixa etária.

(...)
IV - **livre concorrência**;

[12] "Art. 4º *A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*
(...)
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Ainda no tocante à propaganda para a divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", o órgão Apelante alega violação ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> "*Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*"

Mais uma vez não merecem prosperar os argumentos do órgão Apelante, pois, ao contrário do exposto no Auto de Infração e na Contestação apresentada, em todos os materiais de divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" constava claramente a informação "***Custo SMS: R$ 0,31 + impostos***".

Tal assertiva foi inclusive confirmada pela r. sentença proferida, nos seguintes termos:

> "*Com relação ao SMS e seu respectivo custo para participar da promoção, inexiste qualquer irregularidade posto que houve informação a respeito, conforme se verifica da análise do documento de fls. 251, no rodapé da página ("custo SMS: R$ 0,31 + impostos")*".

Portanto, a indicação do custo para envio de SMS (R$ 0,31) constava: (i) no regulamento da promoção; (ii) em todos os materiais impressos distribuídos; (iii) nos filmes publicitários veiculados na mídia televisiva; bem como (iv) na página da promoção na Internet.

Logo, por qualquer prisma, restou evidente a total ausência de argumentos que pudessem justificar a aplicação da multa imposta pela Apelante, devendo a r. sentença ser mantida em sua integralidade, sendo o

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

presente Recurso improvido.

IV.B DA LEGALIDADE DA PROPAGANDA "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ"

No que concerne à promoção "Nestlé Torce por Você", a Apelante justificou a autuação relatando que a empresa Apelada "*deixou 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, o custo relativo ao envio de cada mensagem.*"

Importa ressaltar que em todos os materiais de divulgação da promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ" constava claramente a informação "***Custo SMS: R$ 0,31 + impostos***".

E nesse sentido, ao avesso do que tenta fazer crer a Apelante e do que ficou comprovado nos autos, **o "Relatório Gerencial" mencionado pelo órgão Apelante não é um material publicitário de divulgação da promoção!!!**

Compulsando os autos do processo administrativo, verifica-se que os "Relatórios Gerenciais" foram emitidos por estabelecimentos comerciais que não pertencem à empresa Apelada, servindo apenas para indicar o código promocional a ser enviado via SMS!

Assim, não sendo um documento emitido pela NESTLÉ, inexiste violação desta empresa ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, artigo esse mencionado pelo órgão Apelante, até porque não se trata de material publicitário dirigido ao consumidor e, portanto, não há que se falar em regulação pela lei consumerista, devendo tal argumento reiterado em sede de Apelação também ser afastado.

VII. DO PEDIDO

Diante de tudo o que foi exposto, e considerando tudo o que consta dos autos e a melhor análise da matéria de direito, requer-se seja negado provimento ao presente recurso, bem como que ele seja acolhido

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

apenas no efeito devolutivo, sendo a R. sentença de primeiro grau de jurisdição mantida integralmente.

Por fim, requer-se que todas as publicações e demais intimações relacionadas ao feito sejam expedidas, conjunta e exclusivamente, **sob pena de nulidade**[13], em nome do Drs. **CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO** e **GUSTAVO GONÇALVES GOMES**, inscritos na OAB/SP sob os nos 169.709-A e 266.894-A, respectivamente, ambos com Escritório na Rua Galvão Bueno, nº 412, Liberdade, CEP 01506-000.

Nestes termos,
pede deferimento.
São Paulo, 11 de abril de 2013.

GUSTAVO GONÇALVES GOMES
OAB/SP Nº 266.894-A

THAÍS MATALLO CORDEIRO
OAB/SP Nº 247.934

RAPHAEL CESENA GUTIERREZ
OAB/SP Nº 311.419

JULIANA S. FONSECA
OAB/SP Nº 251.173

[13] "Advogado – Patrocínio em conjunto – Patrono designado para receber intimações. Se vários advogados patrocinam uma só parte em determinado processo, é lhes permitido eleger um deles, para receber as intimações. Designado, expressamente, o advogado que receberá as intimações, serão ineficazes aquelas dirigidas a outros patronos". (STJ – 3ª T. Resp. nº. 225.459-GO; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS; j. 16/09/2004. V.U – grifou-se)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:38:26 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA