SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

São Paulo Rua Tabapuã 81 4º andar Itaim Bibi CEP 04533-010
T (55 11) 3704-9840 F (55 11) 3704-9848

URGENTE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL DE SÃO PAULO - SP

0035929-18.2012.8.26.0053 030812 1541 59

NESTLÉ BRASIL LTDA., sociedade com sede na Avenida Dr. Chucri Zaidan, nº 246, Vila Cordeiro, São Paulo - SP, CEP nº 04583-110, inscrito no CNPJ sob o nº 60.409.075/0001-52 **(doc. 01)**, por seus procuradores abaixo-assinados **(doc. 02)**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO
com pedido de antecipação dos efeitos da tutela

em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**, fundação de direito público, órgão da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, sediada na Rua Barra Funda, nº 930, 4º andar, sala 406, Barra Funda, São Paulo - SP, CEP nº 01152-000, pelas razões de fato e fundamentos de direito a seguir articulados.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

I. DOS FATOS

Em 08/12/2009, a **NESTLÉ** veio a ser autuada pelo PROCON-SP, mediante a lavratura do Auto de Infração nº 3211 Série D7 **(doc. 03)**, com base em representação oferecida pelo Instituto Alana, iniciando-se, assim, o processo administrativo nº 1464/2009.

Importa esclarecer que o Auto de Infração, que desencadeou o procedimento administrativo para a aplicação de multa, funda-se na existência de infrações decorrentes da veiculação pela Autora de duas campanhas publicitárias, relativas às promoções comerciais "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

Sendo assim, insta consignar os fatos e supostas infrações que levaram à lavratura do insubsistente Auto de Infração:

(i) em relação à propaganda da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", 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 o órgão autuante, tratava-se de campanha publicitária abusiva, vez que direcionada ao público infantil, violando, 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, teria a Nestlé infringido o 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 celular;

(ii) 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 infração ao artigo 31 da Lei nº 8.078/1990.

Notificada, a empresa Autora apresentou defesa administrativa **(doc. 04)**, requerendo a declaração de invalidade do Auto de Infração e arquivamento do procedimento. Para tanto, demonstrou: (i) preliminarmente, a nulidade da autuação, uma vez que não indicado pelo órgão autuante o valor da multa devida em razão das supostas irregularidades, bem como pelo fato

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

de cumular indevidamente objetos distintos em um mesmo procedimento administrativo; (ii) inexistência de violação aos artigos indicados no Auto de infração; (iii) não tratar-se o público infantil de alvo da promoção e da campanha publicitária; e (iv) que as informações relativas às promoções foram adequadamente veiculadas nas campanhas publicitárias.

Entretanto, o órgão Réu, através de sua Diretora de Programas Especiais, Sra. Andrea da Silva Souza Sanchez, acolheu a manifestação técnica e o parecer da Procuradoria do Estado para julgar subsistente o Auto de Infração **(doc. 05)**, impondo à Autora exorbitante multa, mesmo com a redução de 1/3 da pena-base, na quantia de **R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos)**.

Em ato contínuo, a empresa Autora apresentou recurso administrativo **(doc. 06)**, rebatendo justificadamente todos os termos da decisão proferida pelo órgão Réu. No entanto, após nova manifestação técnica e parecer da Procuradoria do Estado, o PROCON-SP, por meio de seu Diretor Executivo, Sr. Paulo Arthur Lencioni Góes, negou provimento ao recurso **(doc. 07)**, mantendo o absurdo valor arbitrado a título de multa.

Ato contínuo, a Autora foi intimada para pagamento da vultosa quantia de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos) até o dia 03/08/2012 **(doc. 08).**

Salienta-se que, na esfera administrativa em comento, não há mais cabimento de qualquer recurso.

No entanto, diante da flagrante impropriedade da autuação realizada pelo PROCON-SP, propõe a Autora a presente ação objetivando, **liminarmente, a suspensão da exigibilidade da multa imposta, em razão da patente urgência de obtenção dos efeitos do provimento jurisdicional em cognição sumária** e, ao final, a anulação do auto de infração, com a conseqüente declaração de inexigibilidade da penalidade aplicada, consoante razões de fato e de direito a seguir expostas.

II. PRELIMINARMENTE

II.A. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 3211 SÉRIE D7. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA PENALIDADE APLICÁVEL.

O artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972, que rege o processo administrativo no âmbito federal, dispõe que:

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

> ***"Art. 10. O Auto de Infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:***
> *I – A qualificação do autuado;*
> *II – o local, a data do fato;*
> *III – a descrição do fato;*
> *IV – a disposição legal infringida e* ***a penalidade aplicável"***

Já no âmbito da administração pública estadual, o processo administrativo é regulado pela Lei nº 10.177/1998, a qual determina, em seu artigo 63, inciso II, que:

> *"Artigo 63 - O procedimento sancionatório observará, salvo legislação específica, as seguintes regras:*
> *(...)*
> *II -* ***o ato de instauração, expedido pela autoridade competente, indicará os fatos em que se baseia e as normas pertinentes à infração e à sanção aplicável;"***

Portanto, se faz necessário que o Auto de Infração faça referência expressa à penalidade cabível, de modo a assegurar o pleno direito à ampla defesa e ao contraditório. No entanto, no caso em comento, ao autuar a empresa Autora, o órgão Réu não informou o valor da multa que seria eventualmente cobrado.

Ora, Excelência, resta evidente que fica prejudicada a ampla defesa da Autuada, ora Autora, no momento em que foi lavrado o Auto de Infração sem a liquidação da multa aplicada.

A Empresa Autuada, ora Autora, tem, no mínimo, o direito de ser informada sobre o valor da multa que lhe está sendo imposta em razão da lavratura do Auto de Infração, **não podendo aceitar contra si penalidade que se apresente como incógnita, aplicada em momento posterior, após a apresentação da defesa administrativa**.

Assim, não merecem prosperar os argumentos presentes nas Manifestações Técnicas do PROCON-SP (docs. 05 e 07). Primeiramente, o fato de o órgão Réu disponibilizar canais de acesso para "*maiores informações sobre o valor da multa*" (fl. 533 dos autos do procedimento administrativo) não significa dizer que a empresa autuada terá ciência da quantia exata da sanção administrativa, o que, por si só, já prejudica o direito de defesa.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Além disso, a existência de mera Portaria Normativa (nº 26/06 do PROCON-SP), que determina ser "*suficiente a remissão à sanção aplicável*" (fl. 596 dos autos do procedimento administrativo), não é capaz de afastar ou revogar o exposto de forma expressa em lei estadual e federal, sendo obrigatória a indicação da penalidade e de sua quantificação.

Não obstante, no tocante ao Demonstrativo de Cálculo de Multa elaborado pelo órgão Réu (doc. 09), ao qual a autuada tem acesso antes de apresentar a sua defesa, além de não ilustrar o valor final da sanção administrativa imposta, não é claro quanto à relação da Penas Bases e as supostas infrações perpetradas. Ou seja, não há como a empresa Autora saber o valor atribuído a título de pena a cada infração, sendo certo que o Auto de Infração faz referência a três violações à lei, duas relacionadas à propaganda da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e uma decorrente da campanha publicitária da promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

Desta forma, resta patente o cerceamento de defesa, pois, quem refuta, refuta algo conhecido, claro, preciso e detalhado. Incontroverso, assim, que os direitos elencados na Carta Magna em seu dispositivo legal, artigo 5º, inciso LV, foram expressamente vedados, negando ao litigante do processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, *in verbis:*

> ***"Art. 5º.***
> ***(...)***
> ***LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"***

No exato momento em que o agente fiscalizador autuou a ora Autora, "iniciou-se" o processo administrativo. Por conseguinte, o contraditório e a ampla defesa foram também, naquele momento, violados e prejudicados, uma vez que restringido o direito da empresa em saber o valor da multa que lhe estava sendo imposto por conta da suposta infração.

E sendo a indicação do valor da sanção administrativa formalidade essencial, nos termos do artigo 8º, inciso II, da Lei nº 10.177/1998, configura-se a autuação da empresa Autora um ato administrativo inválido e nulo de pleno direito, conforme se vê:

> ***"Artigo 8.º - São inválidos os atos administrativos***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

> ***que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:***
> ***(...)***
> ***II - omissão de formalidades ou procedimentos essenciais;***"

Outrossim, diante da violação ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em sanção administrativa, a teor do artigo 62 da Lei nº 10.177/1998:

> "***Artigo 62 - Nenhuma sanção administrativa será aplicada a pessoa física ou jurídica pela Administração Pública, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento sancionatório.***"

Sendo assim, ante a flagrante nulidade do Auto de Infração lavrado, uma vez que resta necessário que o agente autuante faça clara referência à penalidade cabível, de modo a assegurar o pleno direito à ampla defesa e ao contraditório, deve ser a multa imposta pelo Réu – repita-se, em momento posterior à autuação – declarada inexigível.

II.B. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO PROCON-SP. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBJETOS DISTINTOS EM UM ÚNICO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

Em que pese o empenho do Réu em fiscalizar com esmero a relação consumerista, além da ausência de indicação de penalidade nos autos lavrados, deve-se salientar que a multa posteriormente imposta à Autora está fundamentada em supostas infrações oriundas de duas campanhas publicitárias de promoções completamente distintas, quais sejam: "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

De acordo com o disposto no artigo 63, inciso I, da Lei nº 10.177/1998:

> "*Artigo 63 - O procedimento sancionatório observará, salvo legislação específica, as seguintes regras:*
> ***I - verificada a ocorrência de infração administrativa, será instaurado o respectivo procedimento para sua apuração;***"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

Por conseguinte, depreende-se do referido dispositivo legal que, para cada infração verificada, caberá um procedimento administrativo específico, sob pena de prejudicar a ampla defesa da empresa autuada.

Ora Excelência, permitir que uma autuação cumule infrações provenientes de condutas diversas e, desta maneira, objetos distintos, além de causar um imbróglio no procedimento administrativo, prejudica a empresa autuada na elaboração de sua defesa, bem como o próprio órgão autuante no momento de julgar a subsistência ou não do Auto de Infração.

Sendo assim, uma vez que Auto de Infração nº 3211 Série D7 faz menção a fatos distintos, indicando infrações provenientes de duas campanhas publicitárias nada relacionadas uma com a outra, há flagrante prejuízo à instrução e ao desenvolvimento regular do processo, de modo que o ato administrativo vem a violar o princípio da eficiência disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos* ***princípios de*** *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e* ***eficiência*** *e, também, ao seguinte:"*

Ora, Excelência, certo é que a indicação de infrações diversas no Auto de Infração, com exposição de variadas fundamentações, compromete sobremaneira a regular instrução processual, causando confusão à empresa autuada e ao próprio órgão autuante.

Ressalta-se que os princípios da celeridade e da economia processual, mencionados pelo órgão Réu, não são absolutos e só podem ser aplicados quando não causarem prejuízo às partes, o que certamente não é o caso.

Desta forma, diante da obrigatoriedade de apuração de infrações de forma independente pelo órgão autuante, o que não se verificou no processo administrativo nº 1464/2009, imperioso se faz o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração nº 3211 Série D7, devendo ser declarada a inexigibilidade da multa imposta pelo PROCON-SP.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

II.C. NULIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO PROCON-SP. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 46, *CAPUT* E § 1º, DO DECRETO Nº 2.181/1997.

O Decreto nº 2.181/1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, determina, em seu artigo 46, *caput* e § 1º, que:

> "***Art. 46. A decisão administrativa conterá relatório dos fatos, o respectivo enquadramento legal e, se condenatória, a natureza e gradação da pena.***
> ***§ 1º A autoridade administrativa competente, antes de julgar o feito, apreciará a defesa e as provas produzidas pelas partes, não estando vinculada ao relatório de sua consultoria jurídica ou órgão similar, se houver.***"

Sendo assim, resta claro que a decisão administrativa que julga a subsistência ou não do Auto de Infração deve conter: **(i) relatório dos fatos; (ii) fundamento legal; e, (iii) se condenatória, a natureza e a gradação da pena; sendo certo não estar vinculada à manifestação técnica da assessoria jurídica do órgão.**

Ocorre, Excelência, que as decisões administrativas (docs. 05 e 07) proferidas pelo PROCON-SP não cumpriram em nada o disposto no artigo 46 do Decreto nº 2.181/1997. Conforme se vê às fls. 548 e 610 dos autos do procedimento administrativo, nas decisões que homologaram e julgaram subsistente o Auto de Infração nº 3211 Série D7, inexiste relatório, tampouco fundamento legal das supostas infrações e da pena imposta.

Desta forma, além de não cumprir os requisitos mínimos previstos no Decreto nº 2.181/1997, as referidas decisões administrativas adotaram os relatórios e as razões das Manifestações Técnicas da assessoria jurídica, às quais a autoridade administrativa do PROCON-SP sequer é vinculada.

Por conseguinte, uma vez não cumpridos pelo órgão Réu os requisitos legais para a prolação das decisões administrativas, que apenas se basearam em meras Manifestações Técnicas às quais não estão vinculadas, resta imperioso o reconhecimento de nulidade dos atos administrativos que entenderem por homologar e julgar subsistente o Auto de Infração nº 3211 Série D7.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Ante o exposto, verificada a evidente violação ao artigo 46 do Decreto nº 2.181/1997, necessária se faz a declaração de nulidade das decisões administrativas proferidas pelo órgão Réu, e, por conseguinte, da multa aplicada no valor de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

III. INOCORRÊNCIA DAS INFRAÇÕES APONTADAS NO AUTO DE INFRAÇÃO. EFETIVO CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA VEICULAÇÃO DAS CAMPANHAS PUBLICITÁRIAS.

Superadas as preliminares acima suscitadas, o que se admite somente por amor ao debate, insta analisar as razões pelas quais a multa imposta deve ser declarada nula e inexigível, diante da ausência de infrações cometidas por esta empresa.

Sendo assim, passa a Autora a esclarecer as regras das promoções "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", bem como a forma adequada e clara de veiculação destas em campanhas publicitárias, de modo a demonstrar que jamais praticou as supostas condutas infrativas indicadas pelo órgão Réu na autuação realizada, restando, assim, imperiosa a declaração de inexigibilidade da sanção administrativa imposta de forma absolutamente indevida.

III.A. DA PROMOÇÃO COMERCIAL "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!".

Inicialmente, importa esclarecer que a promoção comercial "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" foi devidamente autorizada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico através do Certificado de Autorização nº 01/0236/2008.

Para a participação na promoção, conforme exposto em seu regulamento (**doc. 10**), deveria ser realizada a compra de no mínimo R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé (exceto os que, por lei, não podem ser objeto de promoção), sendo emitido, no respectivo cupom fiscal, um código com 19 (dezenove) posições alfanuméricas, a ser enviado pelo consumidor via SMS, a partir de seu telefone celular. Ao participante era atribuído determinado número de códigos de acordo com os múltiplos de R$ 7,00 (sete reais) gastos em compras dos produtos da empresa Autora.

Enviado o SMS com o código emitido no cupom fiscal e recebida

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

a mensagem de confirmação de participação, o consumidor concorria ao sorteio dos prêmios oferecidos, os quais consistiam em: (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. Caso o ganhador da viagem a realizasse no período preferencial, indicado no regulamento, poderia participar de uma filmagem com a protagonista da promoção, a apresentadora "Xuxa".

Após a apuração dos números sorteados, a identificação do consumidor era realizada através do número de telefone celular utilizado para a participação na promoção, sendo considerado ganhador o proprietário da linha.

Esclarecidas as regras para a participação na promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", a Autora passa a demonstrar 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.

III.A.1. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA E AO ARTIGO 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

III.A.1.1. NÃO DIRECIONAMENTO DA CAMPANHA PUBLICITÁRIA AO PÚBLICO INFANTIL.

O Auto de Infração nº 3211 Série D7 expõe que a campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" "*é claramente direcionada ao público infantil e estimula o consumo como forma de participação em filme protagonizado por personalidade de grande interesse do imaginário infantil.*"

Desta forma, a empresa Autora teria violado o disposto nos artigos 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária, e 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcritos:

> "*Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

E mais:"

> *"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*
> *(...)*
> *§ 2° 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança."*

Ocorre que, conforme será amplamente exposto, o público alvo da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" nunca foi o infantil!!!

Em primeiro lugar, importa destacar que a aludida promoção dependia de uma seqüência complexa de atos que inviabilizava a participação de crianças. Isto porque, era exigido do consumidor: (i) compra de produtos Nestlé no valor mínimo de R$ 7,00 (sete reais); (ii) após a realização da compra, a identificação, no cupom fiscal, do código que lhe dava o direito de participar da promoção; bem como (iii) digitação do código em um aparelho celular para envio via SMS ao número indicado pela promoção.

Ora, Excelência, apesar de possível, não é corriqueira ou comum a situação na qual as crianças realizam compras sozinhas, a não ser nos casos em que os produtos encontram-se em embalagens individuais para consumo imediato, hipótese em que o valor total da compra não atingiria o mínimo exigido (R$ 7,00) para a participação na promoção.

Além disso, resta evidente que as informações indicadas no cupom fiscal não são facilmente compreendidas por crianças, de modo a viabilizar a percepção do código necessário à participação na promoção.

Por fim, ainda que alguma criança realizasse a compra de no mínimo R$ 7,00 (sete reais) em produtos participantes da marca Nestlé e identificasse o código promocional no cupom fiscal, esta precisaria de 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.**

Ademais, apenas pessoas capazes podem contratar com

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

operadoras de telefonia móvel, e uma vez que as crianças são absolutamente incapazes para a prática de atos da vida civil, resta flagrante que estas não poderiam participar sozinhas da promoção, sendo certo que somente um adulto cumpriria todas as exigências previstas em regulamento. Assim, conclui-se que a campanha publicitária jamais foi direcionada ao público infantil.

Quanto ao argumento, presente no Auto de Infração, de que a campanha publicitária seria destinada ao público infantil pelo fato de estimular o consumo como forma de participação em filme protagonizado por personalidade de interesse do imaginário das crianças, no caso a apresentadora de TV "Xuxa", trata-se de justificativa desprovida de fundamento e que não poderia ser utilizada à época da veiculação da propaganda.

Como é de saber notório, a "Xuxa" apresentava, nas décadas de 80 e 90, programa com grande repercussão perante o público infantil. No entanto, atualmente (incluindo a época em que foi veiculada a campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!"), o público de seu programa é, em sua maioria, compreendido por adultos, seja porque nele são tratados assuntos de maior seriedade, sem conteúdo infantil, seja pelo fato de que os atuais telespectadores, já maiores de idade, acompanham a apresentadora desde a infância, compondo a sua legião de fãs.

O documento de fl. 522 dos autos do procedimento administrativo **(doc. 04)** corrobora esta afirmação, vez que demonstra que o público adulto representa 70% (setenta por cento) dos telespectadores do programa apresentado pela "Xuxa", caindo por terra o argumento de que se trata de personalidade "*de grande interesse do imaginário infantil*".

A escolha da apresentadora pela empresa Autora, para a participação na campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", se deu pelo fato de ser uma celebridade com forte apelo junto ao público alvo, no caso adultos das classes B e C, sendo certo que apenas esta última corresponde a quase 50% (cinqüenta por cento) do público telespectador do Programa "TV Xuxa".

Conclui-se, portanto, que o fato de a "Xuxa" ter sido escolhida pela NESTLÉ para ser protagonista da campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" não significa que esta tenha sido direcionada às crianças, até porque o programa da apresentadora não é de interesse do público infantil, mas, sobretudo, do público adulto.

Não obstante isto, ressalta-se que a campanha promocional

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

foi veiculada na mídia televisiva nos intervalos de programas destinados ao público jovem (a partir de 12 anos) e adulto, conforme se depreende da análise dos documentos de fls. 524/527 dos autos do procedimento administrativo (doc. 04). Como se vê, os programas escolhidos para a divulgação da promoção são, em sua maioria, de telejornalismo, novelas e filmes, sendo os dois últimos apresentados em horários noturnos, nos quais a audiência do público infantil é baixa ou inexistente.

Importante relatar, ainda, que as Manifestações Técnicas do órgão Réu, presentes aos autos do processo administrativo (fls. 530/545 e 593/606 - **docs. 05 e 07**), foram incapazes de afastar o argumento de que somente um adulto poderia praticar a complexidade de atos necessários para a participação da promoção. Ademais, não justifica o PROCON-SP, em momento algum, a alegação de que a publicidade em comento é do "*interesse do imaginário infantil*". Apenas expõe o fato de ser protagonizada pela apresentadora "Xuxa", sem considerar todo o exposto pela Autora em sua defesa e recurso administrativos.

Todos os argumentos aqui tecidos são confirmados pelo resultado da promoção, uma vez que **nenhum dos 10 (dez) ganhadores da viagem marítima era menor de idade**. Ademais, 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**[1].

Ora, tal resultado se deve ao fato, ainda, de que os prêmios previstos no regulamento da promoção são de interesse do público jovem e adulto, não do infantil. É o caso das câmeras digitais, do Certificado de Ouro no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e da viagem de navio, sendo certo que crianças dependem de prévia autorização e acompanhamento dos pais para este tipo de prêmio. Ressalta-se que a própria propaganda televisiva, que se passa num navio, só se utilizou de atores adultos para a divulgação da promoção. O mesmo pode ser dito em relação ao prêmio de participação em filme da "Xuxa", visto que os fãs da apresentadora são, em sua maior parte, adultos, não sendo a aparição ao lado da apresentadora algo que as crianças almejam atualmente.

[1] "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 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Ante o exposto, estando claro que a campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" não foi destinada ao público infantil, não há que se falar em violação ao *caput* do artigo 37 do Código de Autorregulamentação Publicitária, uma vez que não existiu "*apelo imperativo de consumo diretamente à criança*".

Da mesma maneira, não há como prosperar a alegação de violação ao § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a propaganda da empresa Autora, ao não se dirigir ao público infantil, não se aproveitou "*da deficiência de julgamento e experiência da criança*".

Por conseguinte, diante da inexistência de violação a quaisquer dos dispositivos legais indicados no Auto de Infração, resta imperativa a declaração de nulidade e de inexigibilidade da sanção administrativa aplicada pelo órgão Réu.

Na remota hipótese de se entender que a propaganda veiculada pela **NESTLÉ**, para a divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", tenha sido direcionada ao público infantil, o que não admite e argumenta somente por amor ao debate, resta necessário salientar a ausência de configuração de publicidade abusiva ou apelativa, inexistindo violação aos artigos 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária, e 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. É o que passa a expor!

III.A.1.2. SUBSIDIARIAMENTE: INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA A VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA DESTINADA AO PÚBLICO INFANTIL. AUSÊNCIA DE ABUSO OU APELO IMPERATIVO NA CAMPANHA PUBLICITÁRIA DA PROMOÇÃO "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!"

Não obstante a campanha publicitária para a divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" não ter sido direcionada ao público infantil, importa destacar que mesmo na eventualidade de a propaganda ser considerada como dirigida às crianças, o que admite somente a título de argumentação, não haveria que se falar em violação a qualquer dispositivo de lei no ordenamento jurídico vigente.

Primeiramente, resta evidente e incontroverso o fato de que, atualmente no Brasil, inexiste norma ou lei que proíba a veiculação de publicidade dirigida às crianças, o que, inclusive, é exposto pelo próprio órgão Réu à fl. 599 dos autos do processo administrativo **(doc. 07)**:

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

"(...) ***AINDA QUE NÃO EXISTA PREVISÃO LEGAL PROIBINDO PUBLICIDADE DIRECIONADA AO PÚBLICO INFANTIL*** (...)"

Ocorre, Excelência, que o órgão claramente se contradiz, uma vez que, pelo exposto em suas Manifestações Técnicas, considera como abusiva qualquer propaganda dirigida às crianças. Tal afirmação pode ser confirmada pelo exposto na Representação oferecida pelo Instituto Alana, na qual se baseou o órgão Réu para autuar a empresa Autora, uma vez que no documento é exposto, de forma arbitrária e indevida, que qualquer publicidade direcionada ao público infantil é ilegal.

Além disso, a Representação do Instituto Alana e as Manifestações Técnicas do órgão Réu insistem em fazer menção ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 (proíbe a publicidade para a venda de produtos infantis), que, frisa-se, **sequer foi aprovado pelo Congresso Nacional e, portanto, NÃO É LEI!**

O Instituto Alana, em especial, procura de forma injustificada combater as propagandas que teriam as crianças como público alvo; contudo, jamais logra êxito, porquanto não apresenta argumentos convincentes ou fundamentados.

A Representação do Instituto, por diversas vezes, expõe (de forma inverídica) que a publicidade dirigida ao público infantil é ilegal, mas em momento algum se baseia em legislação nacional que dispõe expressamente sobre esta ilegalidade. Apenas interpreta de maneira subjetiva textos legais genéricos, que não indicam especificamente tal proibição.

A jurisprudência pátria é pacífica quanto à possibilidade de veiculação de propaganda dirigida ao público infantil, não sendo vedada pelo ordenamento jurídico em vigor:

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***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

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 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,***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 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,***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

> ***tendo em conta o princípio da legalidade, não há empecilho algum 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 do Instituto Alana e do órgão Réu violam diretamente o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal[2]), uma vez que não podem argüir 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[3]), 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[4]; e

---

[2] "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;***"

[3] "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;***"

[4] "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:*
(...)
IV - **livre concorrência;**

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor[5]), uma vez que as empresas concorrentes continuariam a veicular propagandas destinadas ao público infantil.

Na realidade, Excelência, a legislação em vigor, em especial os artigos 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária, e 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, apenas dispõe as formas em que a publicidade direcionada às crianças não pode ocorrer.

A campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", ao contrário do alegado pelo órgão Réu, não apresenta qualquer abusividade, visto não se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência das crianças. Outrossim, a propaganda não incentiva o consumo exagerado de produtos **NESTLÉ** ou contribui com a obesidade infantil, como tenta induzir despropositadamente o Instituto Alana.

Trata-se de argumento absurdo, visto que a promoção não condicionou a participação no sorteio mediante a aquisição de produtos calóricos. Muito pelo contrário, salvo algumas exceções (produtos para lactentes), o consumidor poderia escolher entre diversos produtos da marca **NESTLÉ**, entre os quais: biscoito de água e sal; suplementos de fibras, minerais e vitaminas; cereais; barra de cereais; garrafa de água mineral; e leite em pó.

Ora, Excelência, em que contribui uma garrafa de água ou uma barra de cereais para a obesidade infantil???

Resta evidente que o órgão Réu, impulsionado por uma Representação oferecida sem qualquer fundamento, busca a todo custo imputar uma responsabilidade que não cabe a **NESTLÉ**.

Até porque a decisão a respeito da aquisição ou não de alimentos cabe aos pais e responsáveis pelas crianças, visto que dotados de discernimento para julgá-los adequados ou não, nutricional e economicamente, para o consumo.

---

[5] "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 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

A educação alimentar deve ser dada pelos pais da criança, cabendo tão somente a estes a responsabilidade pelos alimentos que são adquiridos para o consumo de seus filhos. Não há razão, deste modo, para responsabilizar a empresa Autora pela contribuição à obesidade infantil por veicular propaganda que faz menção aos produtos **NESTLÉ**, como bem salienta o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Ementa: "*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 interditais que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas*** *- Não provimento.*"
>
> Voto: "(...) *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***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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.

(...)

O Ministério Público sustenta que a obrigatoriedade de exigir que a Coca-Cola cesse com o marketing voltado ao público infantil e advirta os consumidores do risco da obesidade está assentada nos arts. 6o, 9o, 31 e 37, do CDC. Convém anotar que a associação dessas regras ocorre quando há publicidade enganosa e prejuízo à saúde do consumidor, o que não se provou com estudos técnicos, mas, sim, avaliações ou estudos estatísticos, o que é insuficiente como justificativa legal para intervenção no regime de mercado da empresa autorizada a fabricar e vender seus produtos. Acontece que todas as mensagens inseridas nos autos estão situadas no princípio da legalidade estabelecido pelo art. 1o do Códiqo Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e que foi definido por MARIA LUIZA DE SABOIA CAMPOS como "de que o anúncio (lato sensu) deve estar inserido harmonicamente nos ditames das leis e das formas secundárias de expressão do direito (costumes, ética etc), além de salientarem os princípios da honestidade e da veracidade a que a mensagem publicitária deve se adequar" (Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor, Cultural Paulista, 1996, p. 220)."

(TJ/SP - 0125013-34.2008.8.26.0000 - Apelação - Relator: Enio Zuliani - 4ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 03/09/2009 - Data de registro: 14/09/2009)

Ementa: *"AÇÃO CIVIL PUBLICA - Pleito deduzido por Instituto de Defesa da Cidadania - Reconhecimento na sentença de ilegitimidade ativa ad causam e de litispendência com outras ações civis públicas anteriormente ajuizadas. 1. Afastamento que se impõe da ilegitimidade e da litispendência, não obstante com julgamento do mérito da lide com base no § 3o, do art. 515 do CPC - Legitimidade ativa ad causam do autor, ora reconhecida, por equiparar-se à*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

associação referida no inc. V, do art. 5o da Lei n. 7.347/85, em suas finalidades institucionais, sem fins lucrativos - Afastamento, por igual, da litispendência, por diversidade de partes, pleito de maior amplitude na presente demanda em relação às demais ações em andamento, e notícia de julgamento em segundo grau das ações anteriores, embora sem informação de trânsito em julgado. 2. ***Pleito ajuizado em face de grandes empresas fabricantes 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 - Publicidade de produtos contendo açúcar que não é vedada nem restrita pelo ordenamento legal vigente - Imposição de medidas que consubstanciariam violação à livre concorrência e ao princípio da isonomia - Existência de inúmeras fabricantes de produtos que contêm açúcar*** *- Precedente deste E. Tribunal de Justiça - Improcedência no mérito da pretensão - Recurso provido."*
(TJ/SP - 0164688-72.2006.8.26.0000 - Apelação - Relator: Sebastião Carlos Garcia - 6ª Câmara de Direito Privado - Data de registro: 16/06/2011)

Da análise dos arestos acima transcritos, verifica-se, mais uma vez, que não assiste razão ao PROCON-SP, tampouco à Instituição Alana, tendo em vista que a restrição de propagandas para combater suposta incitação à obesidade infantil configura violação aos princípios da legalidade, da concorrência e da isonomia, sendo certo que cabe somente aos pais a educação alimentar de seus filhos.

Destaca-se, ainda, para afastar qualquer argumento de abusividade da veiculação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", que a frase declarada pela protagonista da propaganda, qual seja, "*Participe, hein*", não torna em nada a publicidade apelativa ou abusiva, sendo de praxe a utilização da palavra "participe" no mercado publicitário, seja qual for o seu público alvo. Assim, não há que se falar em estímulo ao consumismo exacerbado no público infantil, pois o uso imperativo é comum à linguagem publicitária e restringi-lo resultaria em flagrante restrição à liberdade de expressão e comunicação de marketing.

Por outro lado, seria apelativa a propaganda se o seu interlocutor

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

continuasse a referida frase, de maneira a imputar algum aspecto negativo ao telespectador, caso este não adquirisse certo produto ou participasse de determinada promoção. Como não é o caso dos presentes autos, jamais poderiam ser suscitadas as violações legais apontadas no aludido Auto de Infração.

Por fim, um fato que comprova a não veiculação da campanha publicitária de forma abusiva é que não há qualquer registro de reclamação, por parte dos consumidores, no sentido de que esta empresa estaria estimulando de forma indevida o consumo dos produtos **NESTLÉ** pelo público infantil.

Sendo assim, uma vez demonstrado que a campanha publicitária da empresa Autora não é abusiva e, por conseqüência, não violou os artigos 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária, e 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, imperiosa se faz a declaração de nulidade e de inexigibilidade da penalidade imposta pelo órgão Réu.

III.A.2. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INFORMAÇÃO ADEQUADA VEICULADA NA CAMPANHA PUBLICITÁRIA.

Ainda no tocante à propaganda para a divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", o órgão Réu 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.*"

Para tanto, consta no Auto de Infração lavrado pelo PROCON-SP que "*no filme publicitário é apresentado texto em reduzidas letras, que permanece visível por poucos instantes, tornando difícil a leitura, pelo que deixa de informar ostensiva e adequadamente o custo para envio de mensagem de participação na promoção.*"

Contudo, mais uma vez não merecem prosperar os argumentos do órgão Réu. Ao contrário do exposto no Auto de Infração, em todos os

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

materiais de divulgação da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" constava claramente a informação "***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, conforme é possível, inclusive, ser verificado no documento de fl. 466 dos autos do processo administrativo (doc. 11).

Assim, resta evidente que em todos meios utilizados pela Autora para divulgar a promoção restou consignado o custo da mensagem a ser enviada por celular, juntamente com outras informações relevantes, dentre as quais: (i) o período de participação; (ii) o número do certificado de autorização emitido pelo órgão público competente; (iii) os produtos participantes da promoção, bem como aqueles que, por determinação legal, estavam excluídos; e (iv) o número de telefone para contato pelos consumidores.

Além disso, ressalta-se que em todos os meios publicitários para a divulgação da promoção, as informações essenciais, incluindo o custo do envio de SMS, foram disponibilizadas de forma clara e adequada, no tempo e em tamanho que possibilitasse a plena visualização pelo consumidor.

Não obstante, certo é que o consumidor, à época, teve acesso a diversos meios de divulgação da promoção para verificar os termos e condições de participação, o que afasta de vez qualquer alegação no sentido de violação ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor. **Por conseguinte, diante da informação clara e adequada acerca do custo de envio de mensagem via celular, bem como não tendo a empresa Autora infringido qualquer dispositivo da lei consumerista, vem requerer seja declarada nula e inexigível a sanção administrativa indevidamente aplicada pelo PROCON-SP.**

III.B. DA PROMOÇÃO COMERCIAL "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ"

De acordo com o regulamento **(doc. 12)** da promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", devidamente autorizada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico através do Certificado de Autorização nº 01/0109/2008, a participação no sorteio de prêmios estaria condicionada à compra de, no mínimo, R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé, exceto os que, por lei, não podem ser objeto de promoção.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Após a aquisição de produtos no valor estabelecido, era emitido, no respectivo cupom fiscal, um código com 19 (dezenove) posições alfanuméricas a ser enviado pelo consumidor via SMS, a partir de seu telefone celular. Ao participante era atribuído determinado número de códigos de acordo com os múltiplos de R$ 7,00 (sete reais) gastos em compras dos produtos da **NESTLÉ**.

Enviado o SMS com o código emitido no cupom fiscal e recebida a mensagem de confirmação de participação, o consumidor concorria ao sorteio dos prêmios oferecidos, os quais consistiam em: (i) camisa especial de um Clube de Futebol Nacional, à escolha do contemplado, com a assinatura bordada ou silcada do Pelé; (ii) um Certificado de Ouro no valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais) e uma viagem de turismo no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com direito a um acompanhante, para a cidade sede, em território brasileiro, do Clube de Futebol nacional da escolha do ganhador.

Apurados os números sorteados, a identificação do consumidor era realizada através do número de telefone celular utilizado para a participação na promoção, sendo considerado ganhador o proprietário da linha.

Devidamente esclarecidas as regras para a participação da promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", vem a empresa Autora demonstrar que a sua divulgação publicitária foi realizada de acordo com a legislação consumerista, sendo veiculadas todas as informações de forma clara e adequada.

III.B.1. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INFORMAÇÃO CLARA E ADEQUADA DOS TERMOS DA PROMOÇÃO. "RELATÓRIO GERENCIAL" NÃO REPRESENTA MEIO PUBLICITÁRIO DA PROMOÇÃO "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

O órgão Réu, da mesma forma do exposto em relação à promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", indicou no Auto de Infração violação pela Autora ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor[6], mediante suposta propaganda da promoção comercial "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

[6] "*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.*"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

O PROCON-SP justificou a autuação relatando que a empresa Autora "*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.*"

Entretanto, o argumento do órgão Réu para autuar a empresa Autora não possui qualquer fundamento.

Primeiramente, 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***".

Ocorre, Excelência, que o "Relatório Gerencial" mencionado pelo órgão Réu não é um material publicitário de divulgação da promoção!!!

Trata-se, na verdade, de documento gerado pelos próprios pontos de venda participantes da promoção (como lojas e supermercados), não podendo se falar em falta de informação por não se tratar de um meio de divulgação publicitária.

Conforme se vê às fls. 464 e 465 dos autos do processo administrativo (doc. 13), os "Relatórios Gerenciais" foram emitidos por estabelecimentos comerciais que não pertencem à empresa Autora, 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, até porque não se trata de material publicitário dirigido ao consumidor e, portanto, não há que se falar em regulação pela lei consumerista. Por conseguinte, vem a empresa Autora requerer seja afastada e declarada a inexigibilidade da sanção administrativa imposta pelo órgão Réu.

IV. DA ILEGALIDADE PRATICADA NA IMPOSIÇÃO DE MULTA

Sem prejuízo do exposto acima, ainda que se pudesse entender que houve infração aos dispositivos expostos no Auto de Infração lavrado, hipótese admitida apenas por amor ao debate, não há como prosperar a penalidade imposta à Autora no importe de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), uma vez que absolutamente ilegal, abusiva e exorbitante, conforme restará

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

demonstrado a seguir.

IV.A. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA A DOSIMETRIA DA MULTA APLICADA

Inúmeros são os dispositivos legais que devem ser analisados para a fixação de multa em decorrência de suposta infração administrativa. Referidos dispositivos exigem que o cálculo da multa seja claro e preciso, de forma a permitir ao administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa, a teor do previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, preceitua o artigo 28 do Decreto nº 2.181/1997:

> "Art. 28. *Observado o disposto no art. 24 deste Decreto pela autoridade competente, a pena de MULTA será fixada considerando-se* ***a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator,*** *respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078 de 1990.*"

Já a Portaria Normativa Procon nº 26/2006, alterada pela Portaria Normativa nº 33/2009, prevê os seguintes critérios para o cálculo da pena base:

> *"Art. 29. A fixação dos valores das multas nas infrações ao Código de Defesa do Consumidor (art. 57 da Lei n.º 8.078/90), dentro dos limites legais de 200 a 3.000.000 UFIRs,* ***será feita de acordo com a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor*** *na forma da presente Portaria e seu anexo.*
>
> *Parágrafo único. A dosimetria da pena de multa será feita em duas fases: na primeira, proceder-se-á à fixação da pena base que será calculada em função dos critérios definidos pelo art. 57 da Lei n.º 8.078/90; na segunda, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas no art. 34, incisos I e II, desta Portaria."*

E nesse sentido, considerando que o parágrafo único do artigo acima transcrito faz menção ao artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, vale a sua leitura:

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

> "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.*"

No caso em tela, muito embora no "Demonstrativo de Cálculo da Multa" **(doc. 09)** tenha sido mencionado qual o Grupo de Gravidade que as infrações poderiam ser enquadradas, **não restou demonstrado qualquer motivação ou fundamentação para tal enquadramento. Ademais, o órgão Réu sequer precisou a que infração se referia cada valor arbitrado a título de pena, sendo certo que o Auto de Infração indica três supostas violações à lei.**

Dessa maneira, além da necessária indicação de correlação entre infrações e penas base, o Grupo de Gravidade deveria ter sido estipulado com base em fundamentação e motivação clara e precisa o que, repise-se, deixou de acontecer.

Além disso, **depreende-se que a condição econômica da empresa Autora foi considerada para a dosimetria da multa no presente caso, sendo certo ser apenas um dos critérios que devem ser observados para a fixação da pena base da empresa autuada.**

Aliás, nesse ponto, vale consignar que a própria Portaria Normativa nº 26/2006 do PROCON, alterada pela Portaria Normativa nº 33/2009, em seu artigo 33, utiliza-se de fórmula para que sejam efetuados os cálculos das penas, como se vê:

> *"Art. 33. A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:*
> *"PE+(REC.0,01).(NAT).(VAN)+PENA BASE"*
> *Onde:*
> *PE - definido pelo porte econômico da empresa;*
> *REC - é o valor da receita bruta;*
> *NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);*
> *VAN - refere-se à vantagem."*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Nesse aspecto, até mesmo para que a empresa Autora pudesse se defender com rigor da multa aplicada, **o cálculo desta deveria estar devidamente demonstrado, o que não aconteceu!**

Isto porque tal especificação não constou do Auto de Infração ou nos documentos que o acompanharam, tampouco restou ilustrada nas Manifestações Técnicas do órgão Réu!

Dessa maneira, ao deixar de apresentar o cálculo da multa e fundamentar o enquadramento em Grupo de Gravidade, resta evidente que a sanção administrativa foi imposta sem motivação clara e precisa.

Acerca da necessidade de motivação, não se pode perder de vista que tal requisito, necessário a todos os atos administrativos, ganha maior evidência quando as decisões impõem ao particular punição e, de uma forma geral, quando exercem julgamento, nos mesmos moldes das sentenças e acórdãos.

Neste diapasão, o artigo 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, ao estabelecer o direito à informação, também respalda a tese da obrigatoriedade da motivação em todos os atos administrativos.

No caso em questão, vê-se que **a sanção foi aplicada de forma inconteste, arbitrária, discricionária e desprovida de motivação, infringindo os princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, tudo a ensejar a nulidade deste ato e, portanto, a desconstituição da multa ali prevista.** Ora, Excelência, para permitir a ampla defesa e o contraditório, a Autora deveria ter conhecimento de todos os critérios utilizados para o cálculo da multa.

Diante disso, considerando a **violação aos princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa e da obrigatoriedade de motivação**, bem como que a aplicação de multas em valores significativos, sem fundamentação e ignorando o histórico da conduta da empresa, dificultará sobremaneira que esta continue investindo e aperfeiçoando seus produtos em prol dos consumidores, impõe-se a declaração de nulidade da sanção indevida e injustificadamente aplicada.

IV.B. DA INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA.

A Autora não pode deixar de argumentar, em caráter subsidiário,

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

que o valor da multa supera em muito os limites abalizados pelos princípios magnos da razoabilidade e da proporcionalidade os quais, por sua vez, são desdobramentos do próprio princípio da legalidade, constitucionalmente previsto.

A atuação da Administração Pública deve efetivamente seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> ***"A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.***
> ***3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade "aquilo que não pode ser". A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado."*** (REsp 728.999-PR - Relator: Min. Luiz Fux – Data do Julgamento: 12/09/2006)

Acerca do principio da proporcionalidade ensina Celso Antônio Bandeira de Mello[7]:

> "*Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam*

[7] *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., Melhorarmentos, São Paulo, p.101.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam limites que naquele caso lhes corresponderiam. (...)
Logo, o plus, o excesso acaso existente não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se desse defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem ao mesmo tempo sua inadequação ao escopo legal. Ora, já se viu que a inadequação à finalidade da lei é a inadequação à própria lei. *Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulminâveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado."*

Evidentemente, considerando que as supostas irregularidades apontadas no Auto de Infração sequer foram caracterizadas, a aplicação de multa administrativa no valor de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos) mostra-se absolutamente desarrazoada.

No presente caso, a par do fato de que o órgão Réu sequer motivou a graduação da gravidade da suposta infração cometida pela **NESTLÉ**, certo é que as irregularidades apontadas nas autuações, mesmo que eventualmente cometidas, não são gravosas a ponto de justificar a aplicação de sanção no valor equivalente a R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entende pela necessidade de redução de multas aplicadas pelo PROCON em dissonância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

*"**Ação declaratória de nulidade de auto de infração e multa PROCON/SP** - Defeito em máquina para o fornecimento de salgadinhos, com retenção do numerário e também do produto Infração comprovada nos autos - **Discussão sobre o valor da multa -***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Desproporcionalidade para as conseqüências do caso *- Sentença de procedência parcial da ação Desprovimento dos recursos."*
(TJ/SP - 9177931-95.2004.8.26.0000 - Apelação - Relator: Osvaldo Magalhães - 4ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 26/09/2011 - Data de registro: 27/09/2011)

"Apelação - ***Ação Anulatória de Auto de Infração e Multa*** *- Não qualquer irregularidade na* ***autuação lavrada pelo PROCON - A multa imposta, contudo deve ser aplicada em consonância com os parâmetros fixados em lei, tomando-se em consideração a gravidade da infração, a potencialidade do dano, a vantagem econômica auferida, e a capacidade econômica da empresa apelante para que não se revista, assim, de caráter confiscatório - Redução da multa para 50% do valor fixado*** *- Recurso parcialmente provido."*
(TJ/SP - 0079876-05.2003.8.26.0000 - Apelação - Relator: Castilho Barbosa - 1ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 28/09/2010 - Data de registro: 08/10/2010)

"ANULATÓRIA - AUTUAÇÃO POR INFRINGÊNCIA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR *- LEGALIDADE - IMPROCEDÊNCIA. A propaganda que expressa desconformidade entre o anunciado e o serviço oferecido, induz o consumidor em erro, quanto às vantagens das ofertas, incidindo no disposto pelo § 1°, do art. 37 do CDC,* ***sendo cabível a cominação de multa, razoável e proporcional, com o mesmo suporte (art. 57, parágrafo único). Procedência mantida, com redução da multa.*** *Recurso provido em parte."*
(TJ/SP - 0141819-81.2007.8.26.0000 - Apelação - Relator: Danilo Panizza - 1ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 11/11/2008 - Data de registro: 28/11/2008)

"PROCON - Sanção - O Judiciário pode controlar os atos administrativos punitivos e reduzir o valor das multas aplicadas, mesmo considerando os

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

***conceitos usados na dicção legal que se referem à gravidade da infração, à vantagem auferida, à condição econômica do fornecedor do dano causado aos fornecedores**. Não se cuida de discricionariedade outorgada ao órgão Administrativo para que aplique, a seu talante, a punição desejada dentro das batizas da Lei. **O Judiciário pode verificar e analisar a aplicação da sanção, reconsiderá-la, revê-la e reduzi-la**, por não se cuidar na espécie de discricionariedade, mas aplicação de pena de acordo com os conceitos indeterminados existentes na norma administrativa, que tem conteúdo mínimo de discrição, pois os núcleos dos conceitos podem ser aferidos pelo Órgão Julgador por não se cuidar de ampla liberdade outorgada pela norma ao administrador público. Sentença de improcedência. **Recurso provido em parte para reduzir a multa**, mantidas as demais imposições existentes na sentença hostilizada."*
(TJ/SP - 0106981-49.2006.8.26.0000 - Apelação - Relator: Guerrieri Rezende - 7ª Câmara de Direito Público - Data de registro: 28/03/2007)

Desse modo, por todo o exposto, constata-se que as sanções pecuniárias são legítimas e previstas em lei. No entanto, passam a ser ilegítimas, ilegais e a perder sua finalidade social, quando o valor arbitrado é contrário à proporcionalidade e a razoabilidade, deixando de considerar todas as peculiaridades do caso em concreto, bem como a gravidade da suposta infração e o valor da vantagem supostamente auferida de forma indevida.

Assim sendo, em caráter subsidiário, requer seja reduzido o valor da multa arbitrada para patamares condizentes com os princípios que devem nortear os atos administrativos.

V. DA ILEGALIDADE MANIFESTA. DESVIO DE FINALIDADE DO ATO PRATICADO.

Como de notório saber, a atuação administrativa deve estar fulcrada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estando os mesmos positivados no artigo 37, *caput,* da Carta Magna, sob pena de nulidade do ato.

Aqueles atos da administração que maculam de forma direta ou

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

indireta algum ou alguns dos princípios encartados na Constituição Federal são passíveis de controle judicial com a conseqüente declaração de sua invalidade.

O ato punitivo praticado pela autoridade administrativa, ora objeto de impugnação, padece de vício, que o impede de surtir quaisquer efeitos, pois maculado com o desvio de finalidade, uma vez que é manifesto o intuito arrecadatório de recursos para o órgão em questão, sendo a punição em tela utilizada como uma forma travestida para a autoridade pública auferir recursos para o seu órgão de atuação, atendendo interesse estranho ao interesse público, o que viola de forma indelével o já citado artigo 37 da Constituição Federal e ao artigo 2º, alínea "*e*", da Lei nº 4.717/1965.

Conforme os ensinamentos do Mestre Hely Lopes Meirelles[8]:

> *"O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1998 (art.37 caput) na mais é que o clássico princípio da finalidade (...) o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do fato do ato, de forma impessoal.*
> *E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo o ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular conceituou como o "fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, "e").*
> *Desde que o princípio a finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.*
> *O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem o interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguições dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder."*

[8] MEYRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª Ed., Malheiros, pp. 88/89.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se a obra do professor Marcos Juruena Vilela Souto (Direito Administrativo em Debate, 2.ª série, Lumen Júris, p. 55), *in verbis*:

> *"O controle dos atos regulatórios pelo Poder Judiciário envolve o exame da validade de seus elementos – objeto, forma, motivo, competência, e finalidade – buscando-se apurar se o regulador se manteve eqüidistante dos interesses e alcansou o ponto de equilíbrio entre custos e benefícios, dentro da lei, observados os* ***princípios da realidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, de segurança jurídica.***
> (...)
> *O* ***princípio da finalidade*** *ou da* ***impessoalidade*** *do ato enseja a verificação do atendimento do ponto de conciliação de todos os interesses envolvidos. A captura do regulador por motivos políticos, demagógicos, econômicos ou qualquer imoralidade representa desvio de finalidade que pode – e deve – ser controlada pelo Poder Judiciário (****princípio da moralidade****)."*

Depois de magistrais referências, fica fácil a compreensão de que o ato impugnado carece de anulação, pois padece de vício que macula a sua validade, já que o seu teor vai de encontro ao estatuído no *caput* do artigo 37 da lei maior. Posição em sentido contrário daria ensejo à perpetuação da violação ao mencionado dispositivo, negando-lhe vigência por completo, situação que não pode perdurar, exigindo-se a imediata intervenção judicial.

Como nem sempre os vícios de finalidade e de impessoalidade dos atos administrativos estão expressos ou são facilmente verificados, deverá o julgador ter a sensibilidade para aferir a nulidade do ato diante das circunstâncias que estão presentes na sua formulação.

No caso posto em tablado, a empresa Autora foi notificada para realizar o pagamento de multa pecuniária que perfaz a absurda quantia de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

Ocorre que o Decreto nº 2.181/1997, editado para implementar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), estabelecendo as normas gerais de aplicação das sanções

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

administrativas previstas na Lei nº 8.078/1990, prescreve que as multas aplicadas pelas instituições criadas para a fiscalização serão revestidas para o fundo pertinente à pessoa jurídica de direito público que impuser a sanção.

Dispõe o artigo 29 do Decreto nº 2.181/1997

> ***"Art. 29. A multa de que trata o inciso I do art. 56 e caput do art. 57 da Lei no 8.078, de 1990, reverterá para o Fundo pertinente à pessoa jurídica de direito público que impuser a sanção, gerido pelo respectivo Conselho Gestor."***

Portanto, resta claro que a mencionada punição foi aplicada com o nítido propósito de captação de recursos privados a favor da entidade autuante, ante a manifesta desproporção entre a suposta infração cometida e o patamar da sanção aplicada pela autoridade administrativa.

Diante do exposto, a declaração de nulidade da sanção administrativa aplicada pela autoridade pública em apreço é medida que se impõe.

VI. DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS DO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O artigo 273 do Código de Processo Civil permite a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, dentre outros casos, quando há receio de dano irreparável ou de difícil reparação, desde que comprovada a verossimilhança das alegações.

A presente ação visa declara nulo o Auto de Infração lavrado pelo órgão Réu e tornar inexigível a absurda multa aplicada à Autora **NESTLÉ**, uma vez que indevida e abusiva, consoante razões já expostas.

Importante mencionar a arbitrariedade da decisão proferida pelo órgão autuante, na medida em que **O PRÓPRIO ÓRGÃO QUE FISCALIZA E IMPÕE A MULTA, É TAMBÉM O RESPONSÁVEL PELO JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA**, o que configura mais uma razão para a antecipação dos efeitos da tutela no tocante à suspensão da exigibilidade da multa e abstenção de inscrição do débito em dívida ativa até o julgamento final da presente ação.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

O **receio de dano irreparável é mais do que fundado**. A intimação da Autora para pagar a exorbitante e desproporcional quantia fixada a título de multa, bem como a conseqüente inscrição da dívida ativa, acarreta em prejuízos de ordem financeira de difícil reparação, podendo, inclusive, comprometer o regular desenvolvimento de atividades da empresa e, até mesmo, a manutenção do seu grande quadro de empregados.

Assim, a concessão da antecipação da tutela jurisdicional, para a suspensão da exigibilidade do crédito lançado, se justifica pelo ônus imposto à Autora pela inscrição do débito na dívida ativa da União, passível de execução fiscal contra esta empresa. Tal situação, sem dúvida, representa dano de difícil reparação, com todos os efeitos danosos advindos da inscrição, entre eles o impedimento de abertura de contas bancárias, de requerimento de empréstimos na rede bancária, bem como de participação em licitações públicas.

A **verossimilhança das alegações** está respalda em **prova inequívoca** da ilegalidade da pena. Primeiramente em razão da nulidade do Auto de Infração, que não indica a sanção administrativa aplicável e relata infrações oriundas de objetos completamente distintos. Em segundo lugar, pelo fato de as decisões administrativas do PROCON-SP não cumprirem os requisitos mínimos legais, fazendo menção a meras Manifestações Técnicas às quais não estão vinculadas.

Não obstante, restou amplamente demonstrado que a empresa Autora não cometeu qualquer das irregularidades apontadas pelo órgão Réu no Auto de Infração lavrado, sendo estritamente cumpridos os termos do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR e da Lei nº 8.078/1990. Isto porque: (i) a campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" não foi dirigida às crianças e mesmo que eventualmente fosse este o público alvo, não há vedação legal para propagandas desta natureza, sendo certo que a veiculação de publicidade pela **NESTLÉ** não foi realizada de forma abusiva; (ii) as promoções "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ" foram divulgadas com informações claras e adequadas, de forma a viabilizar o pleno entendimento das regras pelo consumidor.

Além disso, a antecipação dos efeitos da tutela não trará prejuízo algum para o órgão Réu, pois, caso se conclua ao final pelo cabimento da multa, *ad argumentandum,* esta voltará a ser exigível pela Autora para todos os fins.

Em contrapartida, se recolhido o valor da multa, terá a empresa Autora que se submeter a um lento e burocrático processo de repetição de

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

indébito, caso seja declarada a inexigibilidade da sanção administrativa, o que desde já se espera.

O que é mais periclitante é a disposição legal contida no parágrafo 1º do artigo 585 do Código de Processo Civil:

> *"Art. 585: (...)*
> *§ 1º - A propositura relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução."*

Nesses termos, a não concessão da antecipação dos efeitos concernentes à tutela de direito requerida pela **NESTLÉ** causaria enormes prejuízos às atividades da empresa Autora!

Ora, como já demonstrado, a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações são evidentes, na medida em que restou exaustivamente comprovada a não caracterização de qualquer prática violadora dos direitos do consumidor.

Neste sentido, favorável à concessão da tutela antecipada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu:

> *"ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - MULTA - PROCON - SUSPENSÃO - POSSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. Adequado o deferimento de antecipação de tutela destinada à suspensão de multa imposta pelo PROCON quando verificada a existência de dúvida acerca do autor da infração."*
> (TJ/SP - 01069810154352-33.2011.8.26.0000 - Agravo de Instrumento - Relator: Thales do Amaral - 4ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 10/10/2011 - Data de registro: 14/10/2011)

> *"Agravo de Instrumento - Ação declaratória desconstitutiva de auto de infração - Tutela antecipada concedida - Presença dos requisitos autorizadores - Decisão mantida - Recurso desprovido."*
> (TJ/SP - 0098735-88.2011.8.26.0000 - Agravo de Instrumento - Relator: Oscild de Lima Júnior - 11ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 18/07/2011 - Data de registro: 02/08/2011)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Assim, presente estão os requisitos de verossimilhança das alegações e receio de dano irreparável ou de difícil reparação, de forma a justificar o acolhimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

E, a título de argumentação, **não há perigo de irreversibilidade dos efeitos ora pretendidos**, que são essenciais para a Autora na presente data. E, exatamente por esta razão, o instituto da antecipação de tutela revela-se tão aplicável ao caso em comento.

Desta forma, nos termos do artigo 273, do Código de Processo Civil, **requer seja deferido o PEDIDO LIMINAR, *inaudita altera pars*, antecipando-se os efeitos da tutela jurisdicional para suspender a exigibilidade da multa aplicada e para que o Réu se abstenha de realizar a inscrição do débito em dívida ativa até o julgamento final da presente ação**, provados os requisitos formais necessários para concessão dos efeitos da tutela pretendida.

VII. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante do exposto, considerando:

(i) a ausência de indicação, na lavratura do Auto de Infração, da penalidade aplicável à empresa autuada;

(ii) a nulidade do Auto de Infração em virtude da impossibilidade de cumulação de objetos distintos em um único procedimento administrativo;

(iii) a nulidade das decisões administrativas do órgão Réu, uma vez que não cumpridos os seus requisitos mínimos legais, apenas se baseando em meras Manifestações Técnicas às quais não estão vinculadas;

(iv) a inocorrência das violações apontadas no Auto de Infração, haja vista o estrito cumprimento pela Autora ao disposto no artigo 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR e nos artigos 37 e 31 da Lei nº 8.078/1990;

(v) a inobservância dos princípios administrativos da motivação, impessoalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da multa;

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

(vi) estarem presentes os requisitos que permite a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, quais sejam: o receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança das alegações;

e, assim, restando demonstrada a ilegalidade da autuação e, por conseqüência, da imposição da multa, requer a Autora:

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, conseqüentemente 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, 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;

d) a citação do órgão Réu, por meio de oficial de justiça, para, querendo, apresentar contestação, sob pena de confissão, bem como a concessão dos benefícios previstos no artigo 172, § 2º, Código de Processo Civil;

e) a condenação do Réu ao pagamento das verbas da sucumbência.

Protesta pela produção de todas as provas em Direito admitidas, especialmente documental.

Por fim, pugna para que todas as publicações e demais

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

intimações judiciais sejam expedias, conjunta e exclusivamente, **sob pena de nulidade**[9] em nome dos Drs. **CARLOS ROBERTO DE 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 cidade de São Paulo, à Rua Tabapuã, 81, 4º andar, Itaim Bibi, para fins de recebimento de publicações e intimações judiciais.

Atribui-se à causa o valor de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 03 de agosto de 2012.

GUSTAVO GONÇALVES GOMES
OAB/SP Nº 266.894-A

THAIS MATALLO CORDEIRO
OAB/SP Nº 247.934

ANDERSON RICARDO BORRO
OAB/SP Nº 185.156

THEO DIAS M. SACARDO
OAB/SP Nº 283.967

JOSÉ FELIPE MACHADO PERRONI
OAB/SP Nº 309.969-A

[9] "Advogado. Intimação. Requerimento indicando o nome do advogado que receberá as intimações. Precedentes da Corte. 1. Comprovado que está nos autos expresso requerimento para que as intimações fossem feitas em nome dos subscritores antes da decisão que provocou a extinção do processo, fica evidente a nulidade. 2. Recurso Especial conhecido e provido". (Ac un da 3ª T do STJ – Resp. 586.362/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 05.10.2004 – DJU 21.01.2005 – Ementa Oficial).
"(...) INTIMAÇÃO. Quando o advogado substabelecido, ainda que o substabelecimento seja com reservas, requer, em petição escrita, que as intimações sejam feitas em seu nome, o desatendimento dessa vontade assim manifestada implica ofensa ao art. 236, par – 1º do CPC. Recurso Conhecido e Provido". (STJ – RT 702/207 – *grifou-se*).

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 07:37:51 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA