119

1145

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

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

SP-5ª OF.FAZ.PUBLICA-13/DEZ/2012 10:51 002723

SP13.20 - 07-12-2012 16:58 05FP 000.0.20766414

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, face a Contestação apresentada pela Ré e a intimação veiculada no Diário Oficial de Justiça[1], apresentar sua

RÉPLICA,

o que faz consubstanciada nos termos a seguir aduzidos.

[1] *"Fls.391/1142: Manifeste-se o autor, em 10 dias, sobre a contestação (art. 326 ou 327 do CPC)."*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

I. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cumpre esclarecer que o r. despacho que determinou a apresentação de Réplica pela Autora foi disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico de 26 de novembro de 2012 (segunda-feira).

Dessa forma, o r. despacho foi publicado em 27 de novembro de 2012 (terça-feira), de forma que o cômputo do aludido prazo iniciou-se, nos termos do artigo 4º, 3º e § 4º, da Lei 11.419/2006[2], no dia 28 de novembro de 2012 (quarta-feira).

Assim sendo, o termo final para protocolo da presente manifestação se dá no dia 07 de dezembro de 2012 (sexta-feira), não restando, pois, dúvidas acerca da sua tempestividade, eis que apresentada no **prazo de 10 (dez) dias**, conforme determinado no r. despacho supracitado.

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 Autora pretende a anulação das decisões proferidas pelo Réu, as quais condenaram a Demandante ao pagamento de multa no importe R$

[2] 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 comunicação em geral.*
(...)
§ 3º. Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.
§ 4º. Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

Em Inicial, arguiu a Autora que em 08/12/2009 veio a ser autuada pelo PROCON-SP, ora Réu, 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.

Importou esclarecer que o Auto de Infração, que desencadeou o procedimento administrativo para a aplicação de multa, fundou-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".

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 o órgão Réu, trata-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, segundo o Réu, 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 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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

1148
4

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 Autora 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 Réu.

Ao fim da petição inicial requereu 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,*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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."

Contestados os pedidos pelo Réu, cumpre à Autora a apresentação da presente Réplica, donde se demonstrará, uma vez mais, as razões pelas quais devem ser julgados procedentes os pedidos formulados.

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

Cumpre à Autora, primeiramente, rebater a tese do Réu 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.

Nobre Julgador, 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.

No entanto, no claro escopo de tumultuar o processo, o Órgão Demandado protesta pela diferença de R$ 1.629,30 (hum mil seiscentos e vinte e nove reais e trinta centavos), valor notoriamente ínfimo comparado ao valor já depositado nos autos.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Descabido, portanto, o intento do Réu no fito de ver derrubada suspensão de exigibilidade do débito ora discutido, motivo pelo qual se deve afastar-se a preliminar arguida em Contestação.

Todavia, em clara atenção ao princípio da boa-fé, vale destacar que, caso Vossa Excelência entenda pela necessidade de complementação do depósito pretérito, requer a Autora sua intimação para que disponibilize em tempo hábil nos autos os valores supostamente complementares.

Outrossim, destaca-se que o valor depositado fora exatamente o valor constante na intimação da decisão administrativa, valendo mencionar que a presente Ação Anulatória se dá exatamente para discutir a validade e exigibilidade do referido débito, não sendo certo se ao final dessa ação referido valor será devido ao Réu.

IV. DAS RAZÕES PELAS QUAIS OS ARGUMENTOS SUSCITADOS EM CONTESTAÇÃO NÃO PROSPERAM

Ultrapassada a preliminar arguida pelo Réu, assevera-se desde logo que o Demandado, na contestação apresentada, distorce a realidade dos fatos, com a finalidade de justificar a multa notoriamente indevida aplicada contra a Autora, bem como, cabe desde já reiterar os pedidos formulados em exordial, afastando-se os argumentos ventilados pelo Réu nos termos expostos a seguir.

V.A DA REALIDADE DOS FATOS – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Importante esclarecer, de imediato, que muito embora o Réu afirme que o auto de infração, que deu origem ao débito discutido, estava coberto pelos princípios norteadores do direito administrativo e constitucional, sendo, portanto, válido, tais argumentos não prosperam.

Nesse contexto, chama-se atenção, mais uma vez, ao quanto insculpido no artigo 10 do Decreto nº 70.235/1972, que rege o processo administrativo no âmbito federal:

> ***"Art. 10. O Auto de Infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:***
> *(...)*
> *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, restou demonstrado lesão ao direito da Autora no que concerne à **ampla defesa,** direito esse previsto constitucionalmente.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Em Contestação, se prestou o Réu a suscitar diversas portarias e decretos no escopo de defender a validade do auto de infração em debate, sendo certo que as normas pelo Demandado citadas não se sobrepõem às previsões constitucionais e infraconstitucionais garantidoras do direito á ampla defesa e contraditório e ainda do devido processo legal.

Assim, **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.**

Nobre Julgador, além de não ilustrar o valor final da sanção administrativa imposta, o auto lavrado não é claro quanto à relação das 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".

Até por isso defendeu a Autora a nulidade do auto de infração, não apenas pela falta de informações quanto às penalidades aplicadas, mas também no que tange a utilização de um mesmo auto para descrever práticas distintas de penalidades também distintas.

O auto de infração lavrado violou normas vigentes em nosso ordenamento jurídico, a rigor 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 que***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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.***"

Não logrou o Réu em Contestação demonstrar a legalidade dos atos praticados, sendo certa a violação à norma aplicável ao caso, veja-se 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**;"*

Permitir que uma autuação cumule infrações provenientes de condutas diversas e, desta maneira, objetos distintos, 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.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Certo é que a indicação de infrações diversas no Auto de Infração, com exposição de variadas fundamentações, compromete sobremaneira a regular instrução processual, violando por certo o princípio do devido processo legal.

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.

Logo, há que se decretar a nulidade do Auto de Infração nº 3211 Série D7 e, por conseguinte, a nulidade do processo administrativo nº 1464/2009, nos termos expostos em inicial e ratificados na presente Réplica, em rebate ao quanto arguido pelo Réu em Contestação.

IV.B NULIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS DO PROCON-SP.

Em sua contestação, o Réu de forma vaga tenta afastar a nulidade das decisões por ele proferidas, utilizando-se de argumentos que em nada demonstram a legalidade dos atos praticados no processo administrativo pretérito.

Mais uma vez, cita o Réu, em sua Contestação, portarias e decretos que não se sobrepõem às normas constitucionais suscitadas pela Autora, tampouco às normas federais também alhures ventiladas.

Nesse esteio, restou demonstrada a nulidade das decisões administrativas proferidas, e sobre a matéria, 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:

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

> "***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.***"

Restou 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.**

Contudo, ao arrepio da norma acima transcrita, as decisões administrativas proferidas pelo Réu 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.

Logo, chama-se mais vez a atenção ao insculpido no artigo 8º, inciso II, da Lei nº 10.177/1998

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

essenciais;"

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).

V.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 pelo Réu, restou patente que a Autora 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.

Esclarecidas em exordial as regras para a participação na promoção "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", a Autora 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 pelo Réu.

Insiste o Réu 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.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Ora Nobre Excelência, melhor sorte não assiste ao Réu 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.

Não logrou o Réu comprovar que o público da propaganda era o público 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.

Tal conduta incluía a compra de no mínimo R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé, sendo necessário que se identificasse 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.

Quanto a tal argumento, limitou-se o Réu a dizer que *hoje em dia a destreza das crianças para o uso de aparelhos eletrônicos é impressionante.*

Ora Douto Julgador, não só com base na dificuldade para participação da referida promoção se dá a argumentação da Autora de que tal promoção não era destinada ao público infantil.

O Réu 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".

Ilustre Magistrado, a referida apresentadora é apelidada de "Rainha

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 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.

Outrossim, defende o Réu em sua peça de bloqueio que os prêmios se destinavam supostamente ao público infantil e, contra tal argumento, repise-se os prêmios oferecidos pela Autora: *(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.*

Acolher os argumentos trazidos pelo Réu para justificar a elevada multa de R$ 407.324,45 é desrespeitar a inteligência de qualquer ser humano médio. Estar inserido entre os diversos itens oferecidos o prêmio DVD "Xuxa Festa" não é o mesmo que dizer que a destinação da propaganda é o público infantil.

Como dito, o DVD e a participação nas filmagens de um filme com protagonista Xuxa eram apenas alguns prêmios da promoção, sendo que o Réu violou 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 sendo 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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

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[3].

Tal fato não foi refutado em Contestação, até porque não resta dúvida quanto à arbitrariedade na conduta perpetrada pelo Réu quando da autuação da empresa Autora.

Assim, sendo notório que a campanha promocional não foi destinada ao público infantil, como defendido pelo órgão Réu, deve-se afastar a penalidade imposta, julgando-se procedentes os pedidos formulados em petição inicial.

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

O Réu, em sua Contestação, insiste em juntar pareceres unilaterais, inclusive os elaborados pelo Instituto Alana, no claro escopo de fazer crer a este Magistrado que qualquer campanha publicitária destinada ao público infantil é abusiva.

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:**

[3] "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 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 de Justiça do Consumidor da Capital, visando compelir a ré a se abster*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

"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 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[4]), 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.

[4] "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;"

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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[5]), 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[6]; e artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor[7]), uma vez que as empresas concorrentes continuariam a veicular propagandas destinadas ao público infantil.

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.

---

[5] "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**;"*

[6] "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**;

[7] "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 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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**.

No mais, o Réu em sua tese de defesa alega que a frase dita pela protagonista Xuxa durante a campanha, na qual a referida apresentadora diz "participe hein", é imperativa, guardando cunho abusivo.

Tal argumentação é de rigor excessivo, para não se dizer que desprovida de qualquer fundamentação lógica e razoável. Claramente intenta o Réu impor vultosa multa em face da Autora a qualquer custo.

Se a sociedade brasileira chegou ao ponto de entender que a frase "participe hein" é abusiva, ou imperativa, impondo ao consumidor o consumo de determinado produto ou serviço, então que se cancele toda e qualquer campanha publicitária veiculada pelos meios de comunicação.

Deveras exacerbado o entendimento externado pelo Réu nesse sentido, posto que viola, de uma só vez, diversos princípios norteadores do sistema normativo pátrio.

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.

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 Réu 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***".

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, juntados também aos presentes autos.

Logo, por qualquer prisma, carece de anulação a condenação administrativa imputada à Autora, posto violar o sistema normativo vigente sendo ainda desprovida de qualquer fundamentação que justifique sua manutenção.

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

No que concerne à promoção "Nestlé Torce por Você", 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*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 o Demandado, **o "Relatório Gerencial" mencionado pelo órgão Réu 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 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, artigo esse mencionado pelo órgão Réu, até porque não se trata de material publicitário dirigido ao consumidor e, portanto, não há que se falar em regulação pela lei consumerista.

De rigor, portanto, o afastamento da multa aplicada e consequente decretação de procedência dos pedidos formulados, nos termos expostos em Petição Inicial e ratificados na presente Réplica.

VI. DA ILEGALIDADE PRATICADA QUANDO DA PENALIDADE APLICADA

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Não obstante toda a argumentação trazida pelo Réu, não logrou o Demandado demonstrar a legalidade na penalidade aplicada, posto que destoa a multa imposta de todos os princípios norteadores da administração pública, bem como os preceitos legais contidos em nossa Carta Magna e legislação infraconstitucional.

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 demonstrado alhures.

Como restou demonstrado, tanto pela leitura da exordial quanto da Contestação, que os dispositivos de lei que preveem os critérios para dosimetria das penalidades foram frontalmente violados, senão vejamos:

> "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***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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 ainda:

"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.*"

Logo, como já ventilado alhures, o auto de infração confeccionado pelo Réu é nulo, pois eivado de vícios formais, contudo, ainda que se tenha por legal e válido tal documento, suas consequências são ilegais e abusivas, impondo à Autora pena destoante do quanto buscado pelas normas que regem a matéria em debate.

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, ao contrário do critério utilizado pelo Réu, onde denota-se que apenas o porte

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

econômico da Autora fora levado em conta, veja-se:

> *"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**."*

Por tudo que se extrai dos autos, tem-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 da multa ali prevista.

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***

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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[8]:

"*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 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 beneficio 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,

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado."*

No presente caso, a par do fato de que o órgão Réu sequer motivou a graduação da gravidade da suposta infração cometida pela Autora, 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), fato esse que não restou justificado pelo Réu

Bem trouxe a Autora, em sua Petição Inicial, diversas decisões que dão supedâneo ao quanto arguido pela Requerente, suscitando uma vez mais sua análise:

*"**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 - Desproporcionalidade para as conseqüências do caso** - Sentença de procedência parcial da ação Desprovimento dos recursos."*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

(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)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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

Outrossim, a atuação administrativa deve ter fulcro nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estando estes positivados no artigo 37, *caput*, da Carta Magna, sob pena de nulidade do ato.

Nesse sentido ensina o jurista Hely Lopes Meirelles[9]:

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

"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."

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*:

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

"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****)."*

Nobre Julgador, por tudo que já exposto nos autos, 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.

Carece, portanto, de intervenção do poder judiciário a decisão proferida pelo Réu, posto que impõe à Autora descabido valor como multa por prática de ato que, como visto alhures, se reveste de inteira legalidade.

VII. DO PEDIDO

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

34

Diante de todo o exposto, requer a Autora seja esta demanda julgada **TOTALMENTE PROCEDENTE**, nos moldes da exordial, tornando nula a decisão proferida pelo Réu e, por conseguinte, inexigível a multa aplicada, nos termos exposto em Petição Inicial.

Por fim, requer-se que todas as publicações e demais intimações relacionadas ao feito sejam expedidas, conjunta e exclusivamente, **sob pena de nulidade**[10], 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, Liberdade, CEP 01506-000.

Nestes termos,
pede deferimento.

São Paulo, 06 de dezembro de 2012.

GUSTAVO GONÇALVES GOMES
OAB/SP Nº 266.894-A

THAÍS MATALLO CORDEIRO
OAB/SP Nº 247.934

FLÁVIO KENDI HIASA
OAB/SP Nº 234.397

RAPHAEL CESENA GUTIERREZ
OAB/SP Nº 311.419

[10] "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 10:18:01 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA