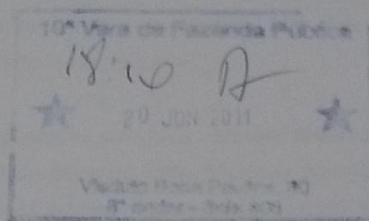


URGENTE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – SÃO PAULO



002169650.2011.8.26.0053.0001.1007.73

MATEL DO BRASIL LTDA ("MATEL DO BRASIL"), pessoa jurídica de direito privado regularmente constituída, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 54.558.002/0001-20, com sede na Rua Verbo Divino, 1488, 2º andar, São Paulo - SP, (Doc. 01) por seus advogados e bastante procuradores (Doc. 02), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 282 e seguintes do Código de Processo Civil, ajuizar a presente

**AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO
COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA**

contra a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON - DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 57.659.583/0001-84, com sede na Rua Barra Funda, 930, São Paulo/SP, pelas razões de fato e de direito a seguir alinhavadas:

A

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Líbero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar 13091-611 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822 **SP# 655030**

1. FATOS

A Autora é renomada empresa multinacional cuja atividade é importação, distribuição e comercialização de brinquedos. É uma das líderes de mercado e dentre os seus produtos estão os mundialmente conhecidos Barbie, Max Steel e Hot Wheels, todos reconhecidos por seu excelente padrão de qualidade.

No curso de suas atividades, a Autora colocou à venda no mercado brasileiro três brinquedos - Real casa da Barbie, Boneca Little Mommy Real baby e Max Steel Turbo Missions - que foram alvos de Auto de Infração lavrado em virtude de atividade fiscalizadora da Ré.

Mencionado Auto de Infração aponta que a Mattel teria supostamente incorrido nas condutas previstas nos artigos 37, § 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor, por veicular alegada propaganda enganosa e abusiva dos três produtos mencionados.

Especificamente, a Ré entendeu que:

- i. a embalagem do produto "Real Casa com Boneca" ostentaria diversos acessórios que supostamente não integram o brinquedo, o que configuraria indução do consumidor a erro e, por consequência, publicidade enganosa;
- ii. a embalagem do produto "Boneca Little Mommy Real Baby" contém a expressão "Eu falo mais de 80 frases", o que, de acordo com o Auto de Infração, representaria informação parcialmente falsa a ponto de igualmente configurar publicidade enganosa;
- iii. a publicidade televisiva do produto "Max Steel Turbo Mission" em tese se aproveita da deficiência de julgamento da criança pois, conforme alegado, indica que os bonecos são capazes de se movimentarem sozinhos, provocando nos menores visão distorcida de uma condição irreal, inexistente e virtual, o que acarretaria em publicidade abusiva.

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Libero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar 13091-611 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822

www.demarest.com.br

SP# 7510211

Diante das supostas infrações e valendo-se de estimativa de receita média da Mattel, a Ré aplicou multa no astronômico e desarrazoado importe de R\$ 610.986,87 (seiscentos e dez mil novecentos e oitenta e seis reais e oitenta e sete centavos).

Uma vez que não havia qualquer infração às normas consumeristas e, ainda, diante do absurdo valor da multa aplicada à Autora, esta apresentou sua defesa administrativa, através da qual demonstrou, de forma inequívoca, que:

- i. a embalagem da Casa da Barbie contém todas as informações determinadas pelo artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, inexistindo qualquer elemento capaz de induzir o consumidor a erro ou falsa percepção sobre o produto;
- ii. a Boneca Little Mommy, emite, de fato, mais que 80 (oitenta) frases, especialmente se for considerado qual é o conceito e significado de "frase" e que o vocabulário da boneca é compatível com um bebê, tendo em vista o propósito do brinquedo, que é imitar uma criança de colo;
- iii. inexistente abusividade no comercial televisivo do Max Steel, na medida em que (i) há anúncio **falado e escrito** sobre o fato de que os brinquedos são movimentados por computador e, principalmente, (ii) não há qualquer indício de nocividade na publicidade, de sorte que, por consequência, não há publicidade abusiva à luz do artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, a Mattel demonstrou que o cálculo da valor da penalidade não observou os parâmetros do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, além de encerrar nítida violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, representando verdadeira intenção de confisco, o que, como se sabe, é vedado pelo artigo 150, IV da Constituição Federal.

Como se não bastasse, a fim de demonstrar que o valor da multa estava - está - plenamente equivocado, a Mattel apresentou seu Demonstrativo de Resultado de Exercício, o qual demonstrou que sua receita mensal é de **R\$ 58.698.923, 54 (cinquenta e oito milhões seiscentos e noventa e oito mil novecentos e vinte três reais e cinquenta e quatro centavos)**, o que necessariamente levaria a novo cálculo da multa, na medida em que o cálculo inicial se baseou em valor meramente estimado *sponte propria* pela Ré.

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Líbero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar 13091-611 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822 **SP# 751021**

Não obstante os robustos argumentos deduzidos na defesa administrativa, esta D. Fundação prolatou decisão julgando subsiste o Auto de Infração, nos seguintes termos:

- i. as informações constantes da embalagem da Casa da Barbie poderiam levar a consumidor a erro na medida em que gerariam dúvidas sobre quais acessórios efetivamente integram o produto, bem como não haveria menção expressa de quais seriam os acessórios vendidos separadamente;
- ii. a boneca Little Mommy não emitiria mais do 80 (oitenta) frases porquanto, na desvirtuada ótica do PROCON, algumas "frases" seriam meramente efeitos sonoros, bem como porque a boneca não reproduziria as frases constantes dos "balões" constantes da embalagem do brinquedo;
- iii. o comercial televisivo encerraria publicidade abusiva por se aproveitar de deficiência de julgamento das crianças, as quais não teriam condições de discernir que o boneco não se movimentaria sozinho, sendo que o aviso estampado no filme não seria suficiente a alertar os infantes, já que muitos sequer sabem ler;
- iv. não houve violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no momento da fixação da multa, de sorte que não concorreriam os vícios apontados pela Mattel.

Insta ressaltar que o Demonstrativo de Resultado de Exercício foi sumariamente desconsiderado, sob o ilegal argumento de que o documento não teria sido publicado no Diário Oficial.

Diante de tal decisão, a Autora apresentou Recurso Administrativo, mais uma vez demonstrando o equívoco da infração. Todavia, a tal recurso foi negado provimento, sem qualquer fundamento, como se pode ver através da cópia integral do processo administrativo, que ora se junta (doc. 03).

Não restando alternativa, exaurida e via administrativa e mantida a absurda e ilegal autuação, a Autora vale-se desta demanda para ver anulado o Auto de Infração lavrado pelo Réu.

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Líbero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar 13091-611 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822 SP# 7510211

www.demarest.com.br

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS – POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

No mérito, a Autora demonstrará que a multa aplicada pelo Réu é ilegal e por tal razão deve ser desconstituída. A Autora não desrespeitou qualquer artigo do Código de Defesa do Consumidor, e não há sinal de abusividade ou ilegalidade em nenhuma das propagandas mencionadas, sendo certo que em todos os casos as propagandas estão em perfeita sintonia com o dever de informar previsto no aludido Código Protecionista.

No entanto, antes de demonstrar especificamente as razões que levam à invalidação do Auto de Infração, é mister discorrer sobre a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários, mormente aqueles que implicam em aplicação de sanção ao administrado.

É cediço que os atos decisórios emanados de procedimentos administrativos se inserem no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Da mesma forma, não se desconhece que a Constituição Federal estabelece como cláusula pétreia que os Poderes da República atuarão de forma independente e harmônica.

Ou seja, em tese e em princípio, são tidas como indevidas as intervenções de um Poder na atividade do outro. Contudo, infelizmente o que se vê é a deturpação do conceito de independência, autonomia e separação de poderes, principalmente em se tratando de atos praticados a partir do juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, ou seja, no âmbito de sua discricionariedade.

Com efeito, discricionariedade não significa carta branca para a prática de atos abusivos, arbitrários e contrários à Lei. Todos os atos administrativos, quer sejam eles vinculados ou discricionários, passam pelo crivo da legalidade. E, dentro do contexto da legalidade, inserem-se o respeito às normas e princípios que regem todo o sistema jurídico nacional. O juízo de conveniência e oportunidade, nessa esteira, não deve ultrapassar o limite imposto pela Lei e pelas demais cominações aplicáveis a cada espécie.

É exatamente nesse contexto que se viabiliza o controle judicial dos atos discricionários. Uma vez constatado o desvio dos limites da discricionariedade, é possível a

intervenção do Judiciário para corrigir a distorção e manter o equilíbrio do sistema, na perfeita sintonia da tônica dos freios e contrapesos que regula o Estado Democrático de Direito.

O ato administrativo cuja discricionariedade se encontrar deturpada padece de vício de legalidade, viabilizando a atividade jurisdicional, sem que tal fato caracterize indevida incursão na atividade exercida pelo Poder Executivo ou pelos demais poderes em seus misteres administrativos, a despeito da possibilidade de a Administração anular seus próprios atos, a teor da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, independente da análise do mérito do juízo exercido pelo administrador, é de se ressaltar que um dos elementos de existência e de validade de todo e qualquer ato administrativo é o motivo. Como se sabe, o motivo "é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário quanto à sua existência e valoração." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed. p. 182)

Portanto, como se trata de elemento de perfeição, é indispensável que o motivo apresentado seja válido. Em outras palavras, a situação de fato ou de direito apontada como justificadora da realização do ato necessariamente deve existir e guardar correspondência com a realidade para legitimar a prática do ato.

A teoria dos motivos determinantes dispõe que todos os atos administrativos, sem exceção, ficam vinculados aos seus motivos como causa determinante para seu cometimento e se sujeitam ao confronto de sua existência com a realidade. **Verificada a discrepância entre os motivos a realidade, o ato é inválido e é plenamente possível e viável a intervenção do Poder Judiciário para impedir a convalidação da ilegalidade.**

Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, "O ato administrativo é nulo quando o motivo se encontrar dissociado da situação de direito ou de fato que determinou ou autorizou a sua realização. A vinculação dos motivos à validade do ato é representada pela teoria dos motivos determinantes" (REsp 708.030/RJ, Rel. Ministro

HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2005, DJ 21/11/2005 p. 322).

No caso, a validade da multa imposta pelo Réu se subordina à efetiva ocorrência dos motivos a ela vinculados. Em outras palavras, uma vez constatada a inexistência das afrontas aos dispositivos de lei tidos como violados, o ato não será válido e, via de efeito, será necessária sua desconstituição.

Necessário ressaltar que a presunção de legitimidade dos atos administrativos não é absoluta. Pelo contrário, há ampla possibilidade de o administrado demonstrar que a Administração errou e que o ato praticado é ilegal, exatamente como na hipótese em apreço, cabendo ao Judiciário intervir e assegurar o amplo controle da legalidade, evitando-se atos arbitrários e desprovidos de fundamentos fáticos e jurídicos.

Feitas essas considerações, passa a Autora demonstrar que os motivos que fundamentaram a autuação ora aqui questionada estão dissociados da realidade, o que ratifica a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a anulação do auto de infração que deu origem à multa imposta pelo Réu.

3. MÉRITO

3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PUBLICIDADE INFANTIL

Antes de ingressar na impugnação meritória específica da suposta infração cometida pela Mattel, é essencial tecer algumas considerações sobre a publicidade infantil no ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiro, cumpre observar que a publicidade destinada ao público infantil é plenamente lícita. Inexiste vedação legal para a veiculação de publicidade infantil, desde que, por óbvio, observados certos parâmetros e balizas legais e normativas.

É fato que nem o Código de Defesa do Consumidor, nem o Estatuto da Criança do Adolescente e nem o Código de Auto-Regulamentação Publicitária proíbem a publicidade infantil. A engenharia argumentativa tecida na representação que indevidamente fundamenta este Auto de Infração é, apesar de inventiva, vazia.

Nesse sentido, é de se consignar trecho do voto proferido pelo Des. Sebastião Carlos da Garcia, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, ao julgar caso envolvendo publicidade infantil, ratificou que "*Conquanto se reconheça a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa de interesses difusos e coletivos, máxime quando estes últimos dizem respeito a crianças e adolescentes, no caso em tela, o fato irretorquível é que a publicidade dos produtos fabricados e comercializados pela ré não é proibida pelo ordenamento legal vigente.*" (Apelação Cível 994.04.072694-0, julgado em 29.04.2010)

Com efeito, sabiamente, o § 2º do artigo 37 Código de Defesa do Consumidor veda que a publicidade explore a ingenuidade da criança. Como será esmiuçado em tópico próprio, tal vedação está sadiamente inserida no âmbito da proteção jurídica do menor, sendo que, em relação à publicidade, tal parte do dispositivo deve ser interpretada sistematicamente, de modo que a publicidade infantil não pode induzir ao medo, discriminação, violência, e insegurança, figuras inatas ao conceito de nocividade.

Nessa mesma orientação, o Código de Auto-Regulamentação Publicitária, instituído pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária para fixar as diretrizes dos padrões éticos da publicidade nacional, não proíbe a publicidade infantil. No entanto, em capítulo específico sobre o tema, traça as seguintes orientações no que diz respeito à publicidade veiculada para o público infantil:

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. E mais:

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

- a. desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b. provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c. associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d. impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e. provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

- f. empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g. utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h. apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i. utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo.

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes, seus anúncios deverão:

- a. procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- b. respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c. dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
- d. obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;
- e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis.

Das orientações fixadas pelo Código de Autorregulamentação Publicitária, se extraem algumas importantes conclusões:

- ✓ a publicidade é fator coadjuvante na formação da subjetividade da criança, na medida em que a atuação da família, autoridades e educadores é primordial neste mister;
- ✓ a publicidade infantil é expressamente permitida (porquanto não vedada), desde que observadas algumas orientações quanto à forma de veiculação e conteúdo publicitário;
- ✓ as restrições dizem respeito a valores deturpados e não condizentes com a dignidade humana, bem como a vedação à indução ou enganosidade do público infantil.

Portanto, a primeira premissa a ser levada em consideração no que diz respeito à valoração da publicidade é que a publicidade infantil é permitida. Em outras

palavras: não é pelo fato de a publicidade ser destinada ao público infantil que ela será necessariamente abusiva e, portanto, ilegal.

O fato de a publicidade ser endereçada ao público menor e que, por tal razão, ainda não tem o desenvolvimento mental e emocional completo, não significa, por si só, afronta ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez que inexistente vedação legal à publicidade infantil, a configuração da abusividade depende da análise casuística de cada publicidade veiculada.

Como se sabe, o mundo e a sociedade passou e continua passando por mudanças drásticas. O amplo acesso à informação e as benesses trazidas por um mundo globalizado e virtual acabaram por levar às pessoas a cada dia serem mais interconectadas umas com as outras e com o universo ao seu redor. Por força da internet, de dentro de casa é possível acessar o conteúdo do Museu do Louvre ou observar a cartografia fotográfica de lugares longínquos e até então desconhecidos da grande maioria da população.

Nesse passo, as transformações sociais igualmente atingiram as crianças. Ignorar que a criança tem acesso a computador, televisão, videogame, internet e telefone, infelizmente, significa fechar os olhos para a realidade. Proibir o acesso, então, significa criar uma pessoa excluída do contexto atual da realidade social.

Por isso, não vinga a argumentação de que, caso inexistisse a publicidade infantil as crianças estariam protegidas do modelo social atualmente em voga. O raciocínio é plenamente equivocado, porquanto não se sustenta nos próprios fatos do cotidiano.

Neste contexto de transformação social, a família exerce papel preponderante e primordial na construção da subjetividade da criança. A autoridade familiar, entendida no sentido salutar do termo, é a principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores, os quais são decisivos para o crescimento saudável e passagem segura para uma vida adulta.

Alegar que a mídia é integralmente responsável pela formação da subjetividade da criança é desprezar a existência de instituições sólidas e milenares, como a Família e a Escola. Imputar à mídia e à publicidade o ônus de criação de uma geração é,

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Libero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822; GP# 7510211 v2

com efeito, errar a dose da partilha de responsabilidade pela construção dos valores sociais vigentes em nossa época.

Sobre o assunto, é crucial trazer à baila a opinião da pedagoga Maria da Graça Jacintho Settoné, catedrática da Universidade de São Paulo, que taxativamente afirma que:

Sabemos o quanto é comum generalizações sobre os efeitos negativos das mensagens midiáticas (Kehl, 1995, 2000; Bucci, 2000, 2001; Postman, 1999). Tais leituras deixam de caracterizar a complexidade de aproximação dos conteúdos dos produtos da indústria cultural. Mais do que isso, grande parte das críticas dando apenas ênfase à dimensão da produção midiática, esquece de considerar a variedade do universo familiar e escolar da contemporaneidade. Pouco problematizando as tensas relações entre as várias instâncias produtoras de bens e valores culturais, parte desta crítica acaba por reduzir os indivíduos a meros receptáculos de idéias ou simplesmente consumidores de cultura. A perspectiva da homogeneidade cultural há muito deixou de ser produtiva para a discussão do fenômeno da cultura de massa (Ortiz, 1988; Barbero, 1997; Cancilini, 1998). A segmentação do mercado, a diversidade de *habitus* e estilos de vida (Bourdieu, 1998, 1999), ou seja, a variedade de usos e apropriações de mensagens (Lahire, 1997, 1998) parece ser mais adequada para se pensar a realidade da socialização contemporânea.¹

Prosseguindo, a pedagoga ratifica a importância e essencialidade da família como entidade construtora da subjetividade:

"A família pode também ser considerada como responsável pela transmissão de um patrimônio econômico e cultural (Bourdieu, 1998, 1999). É nela que a identidade social do indivíduo é forjada. De origem privilegiada ou não, a família transmite para seus descendentes um nome, uma cultura, um estilo de vida moral, ético e religioso. Não obstante, mais do que os volumes de cada um desses recursos, cada família é responsável por uma maneira singular de vivenciar esse patrimônio. (Lahire, 1997, 1998). Assim, é necessário observar as maneiras de usar a cultura e de relacionar-se com ela, ou seja, as oportunidades de um trabalho pedagógico de transmissão cultural, moral e ético de cada ambiente familiar."²

A importância da família é preponderante porque, conforme é notório, são os pais que compram os brinquedos para seus filhos. São os pais, via de regra maiores e

¹ Educação e Pesquisa, São Paulo, v28, n1, p. 107-116, jan/jun 2002

² Idem.

capazes, quem ditam o que a criança irá consumir, dentro do contexto da transmissão cultural inerente à relação familiar.

Ou seja, no ambiente familiar, em que os pais são responsáveis pela efetiva imposição de valores e crenças, é que os desejos e anseios das crianças, inclusive pelos brinquedos, é ponderado e valorado, na medida em que a criança sozinha, via de regra, não tem capacidade econômica para adquirir *sponte propria* os produtos que deseja.

Sendo assim, muito embora a publicidade possa ser dirigida ao público infantil, o grande filtro da eficácia de tal publicidade são os próprios pais, que são as pessoas que, ao final, irão adquirir os produtos ofertados pela Mattel.

Tal fato corrobora a afirmação que a construção da subjetividade da criança, em especial no que diz respeito à transmissão de valores e princípios, é tarefa complexa, da qual participam diversos atores sociais, dentre eles, reconheça-se, a mídia e as empresas que a patrocinam.

Contudo, é inegável que os pais, na qualidade de educadores por excelência e como detentores do poder econômico, é que são efetivamente responsáveis pelo consumo consciente da criança e assimilação da publicidade veiculada ao público infantil.

Para finalizar este tópico, a Mattel reitera que é uma empresa séria, idônea e comprometida com a criação de um ambiente saudável para o desenvolvimento infantil, inclusive no que diz respeito à formação de futuros consumidores.

Não por outra razão, os produtos da Mattel estão há décadas no mercado e vem cultuando a imaginação e o senso lúdico das crianças por gerações.

Assim, feitos estes esclarecimentos, a Mattel demonstrará que não há qualquer publicidade enganosa ou abusiva e, por conseguinte, inexistente a infração consistente na violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.1. A REAL CASA COM BONECA

A equivocada decisão proferida no processo administrativo, considerou que a embalagem do brinquedo "Real Casa com Boneca" encerra publicidade enganosa na medida em que não seria possível indicar com precisão os acessórios que integram o produto.

Contudo, a conclusão é equivocada. Todos os acessórios indicados na parte frontal da caixa integram o produto. Não há qualquer dúvida sobre isso. A embalagem é clara e indica que os acessórios estão inclusos. Se há indicação de que os acessórios estão inclusos, o que levaria o consumidor a entender que tais acessórios não fariam parte do brinquedo?

De fato, o único item que não compõe o produto é uma das bonecas. Contudo, a informação restritiva está escrita logo abaixo da foto da boneca não inclusa, exatamente como foi consignado, inclusive, na própria decisão do processo administrativo.

O verso da embalagem, que contém igual foto, também ostenta aviso que "o conjunto inclui tudo isto", o que igualmente evidencia que tais acessórios são parte integrante do brinquedo. É de se ressaltar que a figura é repetida no verso em virtude de os cômodos possuírem dois lados distintos. Ou seja, o brinquedo é demonstrado por completo na embalagem.

Portanto, tal fato, por si só, já indica que inexistente qualquer enganabilidade. Não há indução do consumidor em erro porquanto (i) os acessórios compõem o produto e (ii) há aviso claro, ostensivo e em língua portuguesa sobre a boneca que não acompanha o brinquedo.

Assim, verifica-se que as informações sobre os itens que compõem a Casa da Barbie são bastantes, claras e ostensivas, não havendo que se falar em qualquer incorreção quanto à forma como foram prestada ao consumidor, estando evidente que os itens que compõem o produto são aqueles que constam das imagens em destaque na parte anterior e posterior da caixa.

É fato que, na embalagem, existe menção à acessórios que não acompanham o brinquedo, menção esta constante do verso da embalagem. Contudo, claramente há a expressão "coleciona mais acessórios, vendidos em separado", inserida em uma seta indicativa.

A figura a que faz alusão à seta, mostra diversos outros acessórios que podem ser comprados separadamente. As imagens destacadas em círculos, como se pode facilmente perceber, são de produtos que não são inclusos na Real Casa Com Boneca, com a informação logo abaixo delas de que "Alguns acessórios e bonecas vendidos separadamente, sujeitos à disponibilidade. As cores e as decorações podem diferir das mostradas. A boneca não fica em pé sozinha".

Portanto, os acessórios vendidos separadamente são aqueles indicados na seta, restando tal imagem claramente inteligível ao homem médio, o qual, na qualidade de adulto, comprará o brinquedo para a criança. Não há qualquer incongruência nas informações!

Deste modo, o que se verifica que é todos os acessórios que não fazem parte do brinquedo foram devidamente discriminados e indicados. As informações restritivas são claras, ostensivas, em língua portuguesa e de fácil e imediata compreensão, preenchendo todos os requisitos previstos no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor e os demais atinentes ao direito de informação do consumidor.

Por tais razões, dúvidas não há que de inexistente qualquer publicidade enganosa, sendo de rigor o acolhimento deste recurso para se reformar a decisão e julgar insubsistente o Auto de Infração.

3.1.2. A BONECA LITTLE MOMMY

A decisão proferida no processo administrativo considerou haver publicidade enganosa neste caso pelo suposto fato de a boneca Little Mommy não falar mais de 80 frases, nos seguintes termos:

"Assim, muitas das palavras reproduzidas pela boneca são apenas efeitos sonoros, como por exemplo, atchim, barulho de suspiro,

barulho de soluço, barulho dos lábios, murmúrio, risadinha, beijo, sucção bocejo, etc, não podendo ser confundidos com uma frase. Ora, quando o consumidor se depara com a embalagem de um produto com informação ostensiva de que o mesmo é capaz de reproduzir mais de 80 frases, porém ao utilizar constata que na realidade o brinquedo reproduz nem a metade disto, está o fornecedor praticando publicidade enganosa."

No entanto, a conclusão aduzida na decisão é, com a devida vênia, equivocada. A boneca reproduz mais de 80 (oitenta) frases do vocabulário de um bebê, já que - e quanto a isso não resta qualquer dúvida - a boneca pretende imitar um bebê.

A boneca, à toda evidência, representa um bebê. Por conseqüência lógica, as frases reproduzidas são aquelas de um bebê. Portanto, não pode-se esperar que ele reproduza frases compridas, complexas e com extenso vocabulário.

Qualquer pessoa comum sabe que um bebê não produz frases complexas ou mesmo formada de várias orações e períodos, sendo normalmente sons e entonações que significam algo. **Ora, esperar mais do que simples frases para um brinquedo que reproduz o vocabulário (sons, palavras e entonações) de um bebê representa evidente falta de razoabilidade e bom senso.**

Inclusive, a embalagem demonstra as espécies de frase que a boneca produz. A título de exemplo, verifica-se "Achou", "Pronto!", "Boa Noite", "Ursinho", que são frases típicas de um bebê no início do processo de aprendizagem da fala.

Ademais, cumpre ressaltar que a palavra "frase" está devidamente empregada, uma vez os sons produzidos pela boneca trazem um significado, ainda que muitas vezes formado simplesmente por entonações, já que são frases faladas.

Neste sentido, veja-se qual é o significado do vocábulo frase:

"Construção que encerra um sentido completo, **podendo ser formada por uma ou mais palavras, com verbo ou sem ele, ou por uma ou mais orações; pode ser afirmativa, negativa, interrogativa, exclamativa ou imperativa, o que, na fala, é**

expresso por entonação típica e, na escrita, pelos sinais de pontuação"³

A decisão é equivocada porquanto não levou em consideração o conceito e significado de frase. Com todo o respeito, o prolator da decisão se valeu de seu conceito subjetivo de frase e não da conceituação objetiva trazida pela Mattel. No entanto, a concepção de frase do agente prolator da decisão não pode se sobrepor aos critérios e elementos técnicos dos autos, de sorte que, também por tal razão, o ato administrativo decisório se encontra viciado, razão pela qual deverá ser anulado.

É de se ressaltar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A análise da conveniência e oportunidade do órgão julgador não pode representar carta branca para a Administração decidir e praticar atos ao seu bel-prazer, sem qualquer fundamentação técnica para tanto.

Assim, no processo administrativo em comento, flagrantemente houve excesso da discricionariedade na atividade fiscalizadora. Repita-se, a presunção de legalidade do ato administrativo não pode ser fundamento para arbitrariedades.

No caso, a imposição de multa em virtude de conduta não devidamente apurada representa extrapolação dos limites de competência sancionatória, o que evidencia a violação ao princípio da legalidade.

Por fim, cumpre tecer uma importante consideração: O PROCON não comprovou que a boneca nãoalaria mais de 80 frases. Não há qualquer estudo ou embasamento técnico para a conclusão emanada por esta Fundação, o que também evidencia a ilegalidade do Auto de Infração e de todo o processo administrativo.

Nesse sentido, não é aplicável o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor. O ônus da prova não é da Mattel porquanto, diversamente do que consignado, não se trata de questão de publicidade, mas sim de questão técnica do produto, a qual necessariamente deveria ter sido comprovada pelo órgão fiscalizador.

³ Fonte: *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, disponível [on-line] in <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=frase&cod=92563>

A Mattel, por seu turno, comprovou que a Little Mommy de fato fala mais que 80 (oitenta frases), tendo em vista que (i) demonstrou o exato conceito da palavra "frase" e (ii) **acostou aos autos a lista de frases reproduzidas pela boneca, a qual não foi contestada quantitativamente pelo PROCON, de sorte que é incontroverso que o brinquedo reproduz todas as construções ali previstas.**

Sendo assim, quer pela inexistência de motivo, quer pela extrapolação da competência discricionária, o que se verifica é que a decisão guerreada merece integral reforma, no que confia plenamente a Mattel com o provimento deste recurso.

3.2. INEXISTÊNCIA DE PUBLICIDADE ABUSIVA

Conforme relatado no intróito fático, a Ré entendeu que os comerciais do brinquedo "Max Steel Turbo Missions" representam publicidade abusiva, como se demonstrará adiante.

A Autora, como se disse, demonstrará, publicidade por publicidade, que o motivo que fundamentou o Auto de Infração é inválido e dissociado da realidade fática, o que, por si só leva à ilegalidade do ato administrativo pela aplicação da teoria dos motivos determinantes.

Contudo, são necessárias algumas brevíssimas considerações sobre a publicidade abusiva.

Conforme preceitua o § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, *"é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite a 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"*.

Portanto, o conceito de "publicidade abusiva" está intimamente ligado à idéia de nocividade. É abusiva a propagada que afronte princípios éticos, morais e que incite atitudes não condizentes com os padrões de conduta da sociedade. A publicidade não pode

incitar o público consumidor a adotar posturas discriminatórias, violentas, ou atentatórias à dignidade da pessoa humana.

No tocante às crianças, a legislação conferiu especial proteção para vedar publicidade que, aproveitando-se da *deficiência de julgamento e experiência*, impute algum valor ou incite determinada conduta. A deficiência de julgamento diz respeito ao espírito crítico sobre aquilo que é certo ou errado de acordo com o padrão da sociedade.

Isso significa que, o fato de a criança não ter o desenvolvimento mental e emocional completo, por si só, não leva à configuração da publicidade abusiva. É necessário que o anunciante se aproveite da deficiência de julgamento e experiência para incitar as posturas descritas no dispositivo legal ou embutir valores nocivos ao desenvolvimento saudável de si próprio ou da sociedade.

O raciocínio não poderia ser diferente porque, como já demonstrado, inexistente vedação legal para a publicidade infantil. Ou seja. O artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor não é fundamento para se considerar, de forma genérica, qualquer publicidade infantil abusiva, como equivocadamente procedeu esta D. Fundação.

Desta feita a exploração do lúdico e do imaginário infantil não representa qualquer abusividade, porquanto inexistente a figura da nocividade. Veicular comerciais televisivos tendentes a mexer com a fantasia da criança não representa qualquer ilegalidade, tendo em vista, inclusive, que o lúdico é parte integrante do desenvolvimento pessoal de todos os indivíduos durante a infância.

A abordagem lúdica, colorida e fantasiosa dos comerciais e do próprio site representam tão somente a reprodução do contexto da fértil imaginação pueril das crianças. Quem, quando criança, não sonhou com carros, espaçonaves e aviões? Que menina que não sonhou em ser uma princesa e habitar os castelos da nobreza medieval? Quais crianças que não esperaram, décadas por décadas, o Papai Noel na noite de Natal?

Ora, Exa.: A figura do Papai Noel representa publicidade abusiva?

A resposta, sabiamente, é não. Nesses casos, conforme sabiamente consignado pelo Desembargador Arthur Del Guercio, decano do Tribunal de Justiça de São Paulo "*Refletindo sobre tal posicionamento que deve nortear o julgador em casos como o presente, não podemos deixar de lado, aquilo que a doutrina chama de "máximas de experiência", que nada mais é, nada mais reflete, do que aquilo que acontece no nosso dia-a-dia. Gildo dos Santos, ao lecionar sobre o tema, nos ensina que, "São, pois, regras deduzidas de casos que ordinariamente sucedem na sociedade, regras essas aceitas por homens de cultura média e mente sadia, isto é, pelo homem comum, que as conhece, entende e admite"* (Apelação Cível 235.789-4/3, julgado em 14.02.2007)

No caso, a máxima da experiência indica, à toda evidência, que a publicidade veiculada pela Mattel é plenamente lícita e que nada mais é representa do que a aproximação do mundo lúdico e saudável do universo infantil.

Prova maior da regularidade da publicidade veiculada pela Mattel é a inexistência de qualquer reclamação formulada pelo CONAR, que, conforme acima, é a entidade que define as diretrizes e parâmetros da publicidade nacional, sendo detentor, inclusive, de poder sancionador.

Uma vez que não a Mattel não responde a qualquer procedimento ou reclamação perante o CONAR, é de se concluir que todas as publicidades veiculadas foram aprovadas, ainda que tacitamente, pelo órgão regulador da matéria, sendo, por tal razão, plenamente descabida a infração apontada neste procedimento.

Assim, restando comprovado a legalidade da publicidade veiculada pela Mattel, serão tecidos os respectivos comentários sobre cada comercial apontado no Auto de Infração:

3.2.1 MAX STEEL TURBO MISSIONS

Convalidando o absurdo perpetrado por ocasião da lavratura do Auto de Infração, a decisão combatida considerou que os comerciais do Max Steel encerram publicidade porque "*o comercial utiliza de situações fantásticas, apresentando lutas autônomas entre os bonecos, ações que na realidade estes não desempenham. Nota-se*

que, da forma como é produzido, o comercial se confunde com o conteúdo televisivo, com o próprio desenho animado protagonizado pelos personagens Max Steel."

No entanto, a conclusão não vinga. Não há o menor traço de abusividade nos comerciais veiculados, não incidindo a Mattel na conduta descrita no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme já foi exaustivamente exposto acima, a exploração do lúdico e do imaginário infantil não constituem, por si só, propaganda abusiva, e, no presente caso, existem fatores objetivos que derrubam completamente qualquer argumentação contrária.

Com efeito, os comerciais apresentam informações claras e ostensivas, **inclusive faladas**, no sentido de que os movimentos produzidos não são realizados pelos bonecos, até por absoluta impossibilidade material.

Além disso, em ambos os comerciais **há a aparição de uma mão de um ser humano movimentando os brinquedos**, de sorte que pode-se concluir, sem qualquer dúvida, que os bonecos não se movimentam sozinhos. Aliás, com a devida vênia, todas as pessoas, inclusive as crianças, tem plena ciência de que os bonecos são objetos inanimados e que não podem saltar, correr e lutar.

Nada obstante, confira-se pontualmente os elementos objetivos dos comerciais que indicam que o boneco não se movimenta sozinho:

(i) **Comercial Moto Relâmpago - Turbo Mission - Alta Voltagem:**

- ✓ De 00:04-00:30 segundos: Aviso "Movimentos produzidos por computador";
- ✓ Aos 00:08: Aparição de mão movimentando o boneco "Elementor";
- ✓ Aos 00:12: Aparição de mão movimentando o boneco "Elementor";
- ✓ Aos 00:14: Aparição de mão movimentando o boneco "Elementor";
- ✓ Aos 00:17: Aparição de mãos movimentando o boneco "Max Steel";
- ✓ Aos 00:21: Aparição de mãos movimentando o boneco "Max Steel";
- ✓ Aos 00:29: **Fala**: "Movimentos produzidos por computador"

Ou seja: Durante 30 (trinta) segundos, há sete aparições de elementos objetivos que permitem concluir que o boneco não se movimenta sozinho, inclusive a fala do locutor no sentido de que os movimentos são produzidos por computador.

Deste modo, é impossível alegar que o comercial cria uma situação fantástica capaz de confundir a criança entre aquilo que é real ou não. A frase, a mão humana e a fala do locutor são mais do que suficientes a levar à conclusão que o comercial encerra um contexto criado por movimentos de computador.

Tanto o aviso escrito como o oral transmitem a inequívoca mensagem que os bonecos não se movimentam sozinhos. Não há potencialidade de indução do consumidor em erro e igualmente não há aproveitamento da qualidade de hipossuficiente da criança, de modo que não há que se falar em publicidade abusiva.

(i) **Comercial Gravidade Zero - Turbo Mission - Invasão NTEK**

- ✓ Aos 00:19: Aparição de mão movimentando o boneco "Extroyer";
- ✓ 00:27-00:30: Aviso: "Movimentos dos bonecos produzidos com animação computadorizada;
- ✓ Aos 00:29: **Fala:** "Movimentos produzidos por computador";

Os mesmos comentários tecidos acima se aplicam a este comercial. Os elementos constantes do anúncio evidentemente alertam para o fato de que todos os movimentos são produzidos por animação gráfica, de modo que não é minimamente plausível aduzir que a Mattel estaria se valendo da deficiência de julgamento das crianças na hipótese.

Portanto, o fato é que ambos os comerciais contém fatores concretos, objetivos, que derrubam a conclusão exposta na decisão proferida nos autos do processo administrativo. Não há que se falar em ambiente fantasioso no qual a criança seria iludida pela publicidade. A despeito da possibilidade de publicidade ligada ao lúdico infantil, verifica-se claramente que a Mattel adotou todas as medidas para certificar o público que toda a movimentação apresentada é produzida por efeitos de computação.

Por fim, é imperioso ressaltar que a decisão que se pretende ver anulada não se atentou ao fato de que o locutor dos comerciais fala em alto e bom som que os movimentos são produzidos por computador, a despeito de existência de frase escrita sobre o tema.

Assim, o fato de que parte do público que assistiu ou assiste ao comercial eventualmente não saiba ler, em nada interfere na análise do caso. **Isto porque, repita-se à exaustão, o locutor fala expressamente que os movimentos são computadorizados.**

Com a devida vênia, não saber ler é uma coisa, não escutar é outra. Portanto, o argumento aviado pela Ré não é suficiente à manutenção do Auto de Infração, razão pela esta ação deverá ser julgada integralmente procedente, anulando-se a decisão proferida.

Assim, a conclusão é que não há qualquer publicidade abusiva veiculada pela Mattel, seja pela inexistência de nocividade dos comerciais, seja pela constatação de elementos objetivos que demonstram que os bonecos não tem vida própria e os movimentos demonstrados foram criados por computação gráfica.

4. PEDIDO SUCESSIVO. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA

Na remota hipótese de se considerar que o Auto de Infração é subsistente, o que se admite por amor ao debate, verifica-se claramente que o valor da multa imposta é completamente ilegal, merecendo revisão por meio da presente ação.

O valor da pena pecuniária fixada é completamente ilegal porque significa violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais devem nortear a atividade da Administração Pública.

Nesse sentido, o que se verifica é que a imposição de multa de absurdos R\$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos) não é nada razoável diante da suposta infração cometida e igualmente não é proporcional face aos critérios previstos no artigo 57 do Código de Processo Civil.

No caso, é de se ressaltar que (i) não houve qualquer vantagem auferida pela Autora, conforme expressamente consta às fls. 516 daqueles autos; (ii) ainda que

considerada a existência de infração, não há gravidade suficiente e nem potencialidade de lesão aos consumidores.

Nesse sentido, é imperioso ressaltar que as supostas infrações decorreram de duas, apenas duas (e uma de cada brinquedo, diga-se) reclamações de consumidores e de uma infundada e despropositada representação formulado pelo Instituto Alana, o qual é apenas uma entidade particular cujos atos, obviamente, não são dotados de presunção de legitimidade suficiente a ensejar a imposição de penalidade à Mattel.

Portanto, a falta de proporcionalidade é gritante. Por conta de, repita-se, duas reclamações e uma representação, a Mattel foi absurdamente apenada com uma multa de quase meio milhão de reais. Não se mostra justo, razoável e muito menos plausível que poucas e pontuais reclamações suportam tão pesada punição

Repita-se: Inexistem fatores objetivos que justifiquem a dantesca quantia imposta a título de sanção de pecuniária, mormente porque não houve qualquer vantagem auferida. Inexiste qualquer elemento concreto para o absurdo cálculo levado e efeito nestes autos.

Em relação à gravidade da infração, o fato de que a "proteção dos direitos do consumidor constitui não apenas garantia fundamental do indivíduo inserida em cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, XXXII), mas também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V) que tem por base a valorização da atividade humana e livre iniciativa" não representa por si só, elemento valorativo a fim de apuração deste critério de fixação da penalidade

Com efeito, é imprescindível a análise do caso concreto, sob pena de se generalizar todo e qualquer tipo de infração sob o simplista argumento de que a proteção aos direitos do consumidor é constitucionalmente prevista. No caso, inclusive, inexistente infração, de modo que sequer há de se falar em aplicação de multa.

Assim, uma vez que a sanção imposta à Mattel é severamente superior à necessária para a punição da suposta infração indicada no Auto de Infração, a

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Líbero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar 13091-611 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822 SP# 7510211 v.

conclusão a que se chega é que, na realidade, a multa tem clara natureza de confisco, o que é sabidamente vedado pela Constituição Federal.

A toda evidência verifica-se o desvirtuamento no propósito da atividade fiscalizadora exercida no processo administrativo. Não se pretende coibir infrações ao Código de Defesa do Consumidor, mas sim impor multas pesadas e confiscatórias, propósito este inconstitucional por violação ao 150, IV da Carta Política.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é unânime em aplicar a vedação ao confisco às multas administrativas, invalidando constantemente autuações como a ora em comento.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. VEDAÇÃO DO USO DE TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE ÀS MULTAS. ART. 150, IV DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO A RESPEITO DO TIPO DA MULTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ALEGADA INAPLICABILIDADE DO ART. 150, IV DA CONSTITUIÇÃO À MULTA DE CARÁTER NÃO-TRIBUTÁRIO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Não cabe à parte inovar em agravo regimental, trazendo à discussão questão que não tenha sido objeto do recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 539833 AgR/MR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 20.04.2010)

No mesmo sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA ATRASADO. INCIDÊNCIA DE MULTA DE 100% SOBRE O VALOR DA EXAÇÃO ALEGAÇÃO DE CONFISCO.

I - A multa aplicada no campo tributário deve seguir os mesmos princípios existentes para este ramo do direito, pois, apesar de não ser tributo, restringe o mesmo direito fundamental que este, que é a propriedade. Assim, a proibição contida no art. 150, IV, da Constituição Federal, de instituição de tributo com efeito de confisco, também se aplica às multas decorrentes da exação.

Precedente do STF: ADI n. 1075/MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 24/11/2006.

II - Não configura confisco, entretanto, a aplicação de multa de 100% sobre débito de IPVA, visto que a alíquota deste imposto, incidente sobre o valor venal do veículo, atinge parcela pouco expressiva do bem.

III - Recurso ordinário improvido.

(RMS 29.302/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 25/06/2009)

No caso, claramente se verifica que impor multa de R\$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos) representa confisco, sendo, por consequência, inconstitucional o Auto de Infração.

A inconstitucionalidade é vício grave e insanável, que enseja a invalidação do ato administrativo diante de sua nulidade de pleno direito. Não se concebe a convalidação de tal mácula, de sorte que é de rigor a desconstituição do Auto de Infração, ou, ao menos, o provimento do recurso para elaboração de novo cálculo da penalidade imposta à Mattel.

4.1 A ILEGAL DESCONSIDERAÇÃO DO DEMONSTRATIVO DE RESULTADO DE EXERCÍCIO

Conforme visto acima, o PROCON desconsiderou o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel pelo fato de que o documento não foi acompanhado da respectiva publicação. O fundamento para a ilegal desconsideração seria o artigo 32, § 1º da Portaria nº 26/06, com nova redação dada pela Portaria 33/09.

No entanto, conforme já salientado, a disposição da Portaria nº 26/06, renovada pela Portaria nº 33/09 não subsiste porque representa evidente ofensa ao princípio da legalidade estrita, na medida em que cria obrigação não prevista em Lei.

A Legislação Pátria não prevê a necessidade de publicação das demonstrações contábeis e financeiras das sociedades limitadas, de modo que tal exigência é somente aplicável às sociedades anônimas constituídas sob os auspícios da Lei nº 6.404/76.

Nesse sentido, é cediço que, nos termos do artigo 5º, II da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de Lei. E, como é pacífico na doutrina e jurisprudência, a interpretação da palavra "Lei" é restrita, ou seja, somente ato sujeito ao integral processo legislativo, e não aos demais atos de natureza regulamentadora ou mesmo normativa.

Portanto, uma vez que não há lei que obrigue a Mattel a publicar suas demonstrações financeiras, não poderia uma simples Portaria, mero ato administrativo desprovido de caráter legal, criar obrigação não expressamente indicada em Lei.

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Líbero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar 13091-611 - Tel. (19) 3123-4300 - Fax (19) 3123-4302
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822 SP# 7510211 v2

Nesse sentido, o Ministro Benedito Gonçalves, em brilhante julgado proferido em sede de Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 200802361090, ratificou que " *se os decretos regulamentares não podem inovar na ordem jurídica, também não podem as portarias ministeriais constituir novas obrigações, diversas das previstas na legislação que lhes serve de fundamento*".

Assim, a Portaria expedida pela Ré não pode servir de fundamento para a desconsideração do Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel, tendo em vista a ilegalidade de exigência de publicação de demonstrações financeiras de sociedades limitadas.

É importante ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo é tranqüila no sentido de que as sociedades limitadas não estão sujeitas à publicação de suas demonstrações financeiras. A Mattel pede vênias para colacionar julgado da lavra do hoje Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, à época Desembargador do TJSP:

Ementa: LICITAÇÃO - Fraude à lei e ao edital - Inocorrência Desconsideração de documento Decisão que não desqualifica a licitante - **Publicação e registro de balanço - Obrigação restrita às sociedade anônimas** - Conluio entre os licitantes Inexistência de prova Matéria, ademais, insuscetível de discussão em mandado de segurança - Recurso não provido. - (Apelação Com Revisão 994980705938 (834105700), Relator Des. Enrique Lewandowski, julgado em 26.10.99)

Portanto, claramente incorreu em ilegalidade esta D. Fundação ao desconsiderar o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel, o que, implica, igualmente, no recálculo da multa imposta.

Emerge, assim a procedência da pretensão.

5. O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

A manutenção da situação fática atual tem o condão de causar dano grave e de difícil reparação à Autora. Como se vê da anexa intimação expedida pela Ré, a multa venceu em 23.04.2011.

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1.201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Rua Líbero Badaró, 425, 27º andar - 01009-905 - Tel. (11) 3356-1800 - Fax (11) 3356-1700
Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º andar Bloco B - Asa Sul - 70390-025 - Tel. (61) 3243-1150 - Fax (61) 3243-1153
Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º andar - Sala 601 - 20090-003 - Tel. (21) 3723-9800 - Fax (21) 3723-9822 SP# 7510211 v2

Portanto, a Autora necessita de rápida e enérgica intervenção estatal para suspender a exigibilidade da multa até julgamento final desta demanda, que fatalmente decretará a invalidade do Auto de Infração.

Nesse sentido, verificam-se presentes os requisitos contidos no artigo 273, I do Código de Processo Civil para o deferimento da medida. Em outras palavras, há verossimilhança suficiente a autorizar o comando antecipado e inequivocamente há uma situação de urgência a ser tutelada.

A inexistência de violação ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor salta aos olhos e o dever de informação foi plenamente pela Autora.

Deste modo, como já explicitado, o motivo que fundamentou a lavratura do Auto de Infração não existe, o que implica na invalidade do ato em função da aplicação da teoria dos motivos determinantes.

Exatamente na pronta inteligência da inexistência de infração é que reside a verossimilhança do direito invocado. Por outro lado, a prova inequívoca consiste na própria confrontação do dispositivo tido como violado à situação concreta, confrontação esta que leva à conclusão do desacerto da decisão do réu,

No tocante ao receio de lesão grave e de difícil reparação, não é preciso maiores comentários.

Por conta de evidente ilegalidade, a Autora está em vias de ser inscrita na Dívida Ativa e sofrer as nefastas conseqüências, tais como restrições de crédito, impossibilidade de licitar e uma Execução Fiscal com potencialidade de invasão forçada de seu patrimônio.

Caso a exigibilidade da multa não seja imediatamente suspensa, a Autora sofrerá prejuízos irreparáveis que poderão inclusive comprometer o exercício de sua atividade, ocasionado indevida intervenção do Estado na atividade econômica.

A Autora, que sempre atuou pautada no respeito a todas as normas vigentes, está agora na eminência de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, pois a existência dessa "dívida" macula sua imagem no mercado, podendo lhe causar a perda de importantes negócios relacionados à suas atividades comerciais, assim como a perda de mercado. Importante ressaltar que a jurisprudência entende por bem suspender a exigibilidade da multa em casos análogos ao presente:

"TUTELA ANTECIPADA - Indeferimento - Suspensão de multa - Procon - Agravo de Instrumento - **Manifesta a verossimilhança e presente ainda o perigo da demora, se impõe a antecipação de tutela, principalmente quando ausente o risco de irreversibilidade** - Recurso provido."⁴ grifos nossos

Dessa forma, por qualquer ângulo que se aborde a questão, é medida de rigor seja concedida a tutela de urgência para suspender a exigibilidade da multa ilegalmente imposta à Autora, independentemente de caução.

6. PEDIDOS

Por tudo quanto o exposto, resta evidenciado que não há ocorrência de propaganda abusiva em nenhum dos três casos analisados constantes do Auto de Infração, inexistindo, pois, qualquer violação ao Código de Defesa do Consumidor, sendo ilegal a autuação levada a efeito pela Ré.

Sendo assim, requer a Mattel:

(i) se digne Vossa Excelência a deferir, *inaudita altera pars*, a antecipação dos efeitos da tutela para suspender imediatamente a exigibilidade da multa, independente da prestação de caução, até o julgamento final da demanda e respectivo trânsito em julgado;

(ii) a citação da Ré, por oficial de justiça, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, oferecer resposta no prazo legal, sob pena de revelia;

⁴ TJSP - Agravo de Instrumento n. 365.821-5/8 - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Teresa Ramos Marques - j. 26.05.04 - v.u. - grifos nossos

(iii) a procedência do pedido para declarar a nulidade do Auto de Infração nº 3240, Série D7, homologado no Processo Administrativo nº 0162/2010, lavrado pela Ré;

(iv) sucessivamente, caso Vossa Excelência entenda pela manutenção do Auto de Infração, requer seja reduzido o valor da multa aplicada no âmbito administrativo;

(v) a condenação da Ré ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, a serem fixados nos termos da Lei.

7. AS PROVAS

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como a juntada de novos documentos, oitiva de testemunhas, perícias, inspeções e depoimento pessoal do representante legal da Ré.

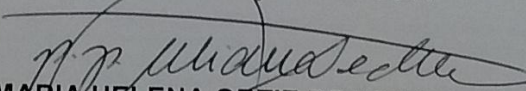
8. INTIMAÇÕES

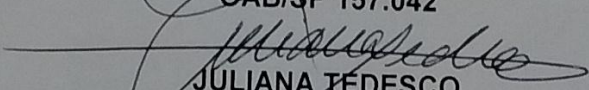
Em atenção ao artigo 39 do Código de Processo Civil, a autora requer que todas as intimações e publicações sejam efetuadas em nome de **MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA, OAB/SP 157.042** e **JULIANA TEDESCO, OAB/SP 232.807**, cujo escritório se localiza na Avenida Pedroso de Moraes, 1.201, Centro Cultural Othake, São Paulo/SP.

9. VALOR DA CAUSA

Atribui-se à causa o valor de 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, 17 de junho de 2011


MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA
OAB/SP 157.042


JULIANA TEDESCO
OAB/SP 232.807