

EXMO. SR. DR. DES. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

GRENDENE S.A. ("GRENDENE"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 89.850.341/0012-12, com sede administrativa na Avenida Pedro Grendene, n.º 131 – A, Bairro Volta Grande, na cidade de Farroupilha, Estado do Rio Grande do Sul, por seus advogados, vem, respeitosamente, com fundamento nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor o presente recurso de

AGRAVO DE INSTRUMENTO
com pedido de antecipação de tutela recursal

contra a r. decisão de fls., proferida nos autos da ação anulatória de auto de infração com pedido de tutela antecipada nº 0014636-55.2013.8.26.0053, ajuizada em face da **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON - SP**, em trâmite perante a 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, o que faz na forma das razões anexas.

DOCS 5955581v3 485100/4 FFA

São Paulo: Av. Paulista, 1294, 2º andar 01310-915
Tel. (55 11) 3141-9100 | Fax (55 11) 3141-9150

Rio de Janeiro: Av. Almirante Barroso, 52, 22º andar
20031-000 Tel. (55 21) 2156-7500 | Fax (55 21) 2220-3182

Brasília: SCN, Quadra 05, Bloco A, Sl.1217, Torre Norte
70715-900 Tel.: (55 61) 3033-3390 | Fax (55 61) 3033-2855

WWW.FELBERG.COM.BR

Washington D.C.: 1725 Street, N.W., Suite 300 20006, US

Tel. (202) 331-2492 | Fax (202) 331-2493

New York: 405 Lexington Avenue, 26th floor 10174, New

Tel. (212) 907-6440 | Fax (212) 368-8005

Düsseldorf: An St. Swidbert 29 – 40489 Düsseldorf

Tel. (49) 211 88284-416 | Fax (49) 211 88284-417

Shanghai: The 21st Century Building, 6th floor, Century A

No. 210 Lujiazui, Pudong, Shanghai - 200120, China PR

Tel. (86) 21 5172 7212 | Fax (86) 21 5172 0966

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

669

Em cumprimento ao artigo 525 do Código de Processo Civil, a Agravante instrui o presente recurso com cópia integral dos autos da ação anulatória de auto de infração com pedido de tutela antecipada nº 0014636-55.2013.8.26.0053, ajuizada em face da **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON - SP** (doc. 01), na forma preceituada pelo artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil. Ademais, também instrui seu recurso com um CD contendo os vídeos das promoções publicitárias em discussão no recurso (doc. 02).

Outrossim, em atendimento à determinação contida no artigo 524, inciso III, do Código de Processo Civil, a Agravante informa o nome e o endereço completo dos advogados das partes:

1. Pela Agravante, **Marcus Alexandre Matteucci Gomes**, inscrito na OAB/SP sob o nº 164.043, com escritório na Avenida Paulista, nº 1294, 2º andar, CEP 01310-915, Cidade e Estado de São Paulo.
2. Pelo Agravado, a Agravante deixa de indicar o patrono do Agravado, uma vez que, conforme se infere da cópia integral dos autos ora anexada, o Agravado ainda não foi citado, razão pela qual, ainda não há patrono constituído.

Termos em que, mediante a juntada das guias comprobatórias do recolhimento das custas devidas, e requerendo, desde já, que o presente recurso seja processado na forma de instrumento e que lhe seja concedida a antecipação de tutela recursal, nos termos dos artigos 527, III, do Código de Processo Civil, pelas razões que abaixo serão elucidadas,

pede deferimento.

São Paulo, 13 de junho de 2013.

MARCUS A. MATTEUCCI GOMES
OAB/SP nº 164.043

FERNANDA FAIAD
OAB/SP nº 247.965

RAZÕES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravante: GRENENE S.A.

Agravada: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR –
PROCON – SP

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara,

Ínclitos Julgadores,

I – DA TEMPESTIVIDADE

1. Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente recurso é apresentado dentro do prazo legal de 10 (dez) dias, estabelecido no artigo 508 do Código de Processo Civil.

Com efeito, na data de 29.05.2013 (quarta-feira) foi disponibilizado, no Diário da Justiça Eletrônico, a r. decisão ora agravada.

Dessa forma, nos termos do artigo 4º, §§ 3º e 4º, da Lei n.º 11.419/06, cumulado com o artigo 184 do Código de Processo Civil, considerou-se publicado o r. despacho no primeiro dia útil seguinte ao de sua disponibilização no Diário da Justiça Eletrônico (isto é, em 03 de junho de 2013), tendo início o cômputo dos respectivo prazo processual no primeiro dia útil subsequente.

Assim sendo, considerando-se o feriado de *Corpus Christi* ocorrido em 30 de maio de 2013 e a suspensão do expediente forense no dia 31 de maio (cópia do respectivo provimento anexa – doc. 03), o cômputo do prazo

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

571

para a interposição de recurso teve início somente em 03 de junho de 2013 (segunda-feira), ocorrendo o seu termo final em 13 de junho de 2013.

Não resta, pois, dúvida quanto à perfeita tempestividade do presente recurso de agravo de instrumento.

II - BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

1. Em 19 de outubro de 2010, em atendimento à representação apresentada pelo Instituto Alana, o ora Agravado lavrou o auto de infração nº 6384 em face da Agravante, por supostas infrações ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, oriundas das campanhas publicitárias "Hello Kitty Fashion Time" e "Guga K. Power Games".

Referido Auto de Infração foi recebido com surpresa, tendo em vista que os anúncios mencionados, além de não apresentarem qualquer irregularidade, sequer estavam sendo veiculados à época da lavratura do aludido auto de infração.

2. Ato contínuo, o Agravado ignorou todos os argumentos aduzidos pela Agravante em sua defesa administrativa e, com fulcro no artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, julgou subsistente o mencionado auto de infração e condenou a Agravante ao pagamento de multa milionária correspondente ao teto legal (R\$ 3.193.300,00 – três milhões, cento e noventa e três mil e trezentos reais), por supostamente explorar deficiência de experiência e julgamento de crianças, *in verbis*:

"Esta Fundação, comprometida de forma irrestrita com a defesa dos direitos do consumidor, assume um papel importantíssimo na luta contra a publicidade abusiva dirigida às crianças. Deve exercer o poder de polícia que lhe fora conferido, aplicando as sanções administrativas legalmente previstas, de forma a desestimular condutas reprováveis, como a que fora praticada pelo autuado. É por isso que, uma vez caracterizada a violação ao artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, é de rigor a subsistência do Auto de Infração e a aplicação da pena de multa."

3. Dentro do prazo regulamentar, a Agravante interpôs o competente recurso administrativo. Todavia, mais uma vez sem se atentar aos importantes argumentos aduzidos pela Agravante, entre os quais o flagrante erro existente no cálculo da multa imposta, o Agravado manteve *in totum* a condenação, aduzindo que:

"Ante o exposto, restando plenamente caracterizada as infrações, e por ter sido o ato administrativo praticado com estrita observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, inquestionável a sua validade e eficácia para produzir efeitos no mundo jurídico."

Importa observar que os argumentos utilizados para embasar tal condenação da Agravante no Auto de Infração são de natureza subjetiva e por vezes remetem a questionamentos que se propõe a desafiar a própria legalidade da publicidade infantil, propondo uma proteção deveras exacerbada, e por isso desmedida e injustificada. O que é certo é que em nenhum momento o Agravado considerou a liberdade de expressão, ainda que relativa (como, aliás, o é toda e qualquer liberdade), da qual as campanhas publicitárias desfrutam, nem mesmo as práticas de comércio regulares e usuais na sociedade brasileira contemporânea.

Conforme será demonstrado, por esse exato motivo, qual seja, a subjetividade dos argumentos utilizados para condenar a Agravante, verifica-se uma disparidade considerável de opiniões sobre os comerciais "Hello Kitty Fashion Time" e "Guga K. Power Games". Sob a ótica do Agravado estes comerciais são maculados por vícios sérios (conteúdo que incentiva um comportamento adulto inadequado e abusivo), no entanto, quando estes mesmos comerciais foram sujeitos à análise de especialistas da área de publicidade que integram o Conselho de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, tais vícios não foram identificados ou sequer cogitados, não havendo, para ambos comerciais, a condenação da Agravante nesta instância administrativa.

4. Ato contínuo, sendo certo que tais decisões do Agravado não merecem prosperar, uma vez que é patente a ilegalidade do auto de infração lavrado contra a Agravante, esta ajuizou a presente ação anulatória de auto de infração com pedido de concessão liminar de tutela antecipada para o fim

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

579

de que fosse determinado que o Agravado se abstivesse de qualquer ato tendente a inclusão da multa ora debatida em dívida ativa, bem como se abstivesse de proceder com a execução fiscal da mesma e/ou apontasse os nome da Agravante no CADIN.

Contudo, não obstante as nulidades e ilegalidades contidas no aludido autos de infração, a liminar pleiteada foi indeferida ao singelo fundamento de que:

"Vistos. Volta-se a autora contra a multa imposta pelo PROCON em virtude da prática de supostas infrações ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, em virtude das campanhas publicitárias "Hello Kitty Fashion Time" e "Guga K. Power Games", ambas veiculadas em meio à programação infantil em setembro de 2009. Sustenta a autora a violação ao princípio da busca pela verdade material, falta de motivação da decisão, que confirmou o auto de infração e inexistência de caráter abusivo das publicidades, bem como valor excessivo da multa. Da análise da inicial e documentos, não verifico a verossimilhança das alegações, pois, numa primeira análise, é forçosos reconhecer a regularidade da autuação e da imposição da multa, visto que a publicidade da "Hello Kitty" não se afigura como uma brincadeira saudável, de casinha, uma vez que não se importa com a deficiência de julgamento e experiência da criança, induzindo-a a um comportamento de adulto. Quando à segunda campanha, também, neste tópico, razão não assiste à autora, uma vez que como foi veiculada em meio à programação infantil, por óbvio não tem como destino o público maior de 18 anos e, além disso, abusa da credibilidade infantil, pois a criança ao ingressar no "site" e acessar o jogo, não estão apenas brincando, mas sim estão diante de uma publicidade clandestina, cujo objetivo é a fidelização da marca. Em relação ao suposto caráter abusivo e desproporcional da multa, mais uma vez, não vingam as alegações da autora, pois a aplicação decorreu de dispositivo legal (art. 56 e 57 do CDC), que foi bem sopesada pelo PROCON mediante os critérios previstos na Portaria nº 33/09. Ademais, é a autora uma grande empresa, atua não só no comércio da marca Melissa, bem como Raider, Zaxy, Ipanema, Grendha e Grendene Kids, indicando assim que tem condições de suportar a pena pecuniária. Sendo assim, indefiro a antecipação dos efeitos da tutela. Se querendo, poderá a autora, em 48 horas, efetuar o depósito integral do valor da multa para fins de suspensão de sua exigibilidade (art. 151, II do CTN). Cite-se. Servirá a presente como mandado e/ou ofício. Int."

5.
os argumentos contidos na r. decisão agravada, mostra-se necessária sua reforma, visto que o D. Juízo singular não decidiu acertadamente, requerendo-se, desde já, seja o presente Recurso recebido e provido, com base nas razões a seguir demonstradas.

III – PRELIMINARMENTE

Da Necessidade de Processamento do Presente Agravo na Forma de Instrumento

6. Imperioso, logo de início, o reconhecimento da necessidade de interposição do presente agravo na forma de instrumento, em atenção ao disposto no art. 522, *caput*, do CPC.

Consoante visto acima, trata-se de Recurso tirado contra a r. decisão que indeferiu o pedido de antecipação liminar de tutela formulado em ação anulatória, que foi ajuizada contra auto de infração que, ignorando os argumentos e a documentação apresentada pela Agravante, impôs o pagamento de multa abusiva, milionária e confiscatória correspondente ao teto legal (R\$ 3.193.300,00 – três milhões, cento e noventa e três mil e trezentos reais).

7. Ora, o presente recurso visa impedir que a multa imposta pelo Agravado seja incluída na dívida ativa, venha a ser executada, bem como que o nome da Agravante seja incluído no CADIN, uma vez que tal penalidade advém de auto de infração nulo e desprovido de qualquer fundamento, ou, na pior das hipóteses, por ter sido a multa fixada em parâmetro desproporcional e matematicamente equivocado.

Além disso, o presente recurso visa manter o fluxo de caixa da Agravante, além de sua imagem no mercado.

Nesse passo, não é possível que o presente recurso fique retido nos autos, aguardando a prolação de sentença e a eventual interposição de recurso de apelação para que, somente ao tempo do julgamento deste, seja também julgado por este Egrégio Tribunal.

Ora, Ínclitos Julgadores, considerando-se o objeto do presente recurso, resta evidente que sua apreciação tardia (isto é, somente após a prolação da sentença) esvaziaria sua utilidade e eficácia.

Assim, a conclusão, com a devida vênia, é a de que o presente recurso deverá ser recebido e processado na forma de instrumento, nos estritos termos do artigo 522 do Código de Processo Civil, o que desde já se requer seja reconhecido e deferido.

Como se verá adiante, tal estado de coisas, associado à relevância da fundamentação da Agravante, também autorizará a concessão de antecipação de tutela recursal ao presente recurso, nos termos dos artigos 527, inciso III, do Código de Processo Civil, o que também desde já se requer seja reconhecido.

IV. – DAS RAZÕES DE REFORMA DA R. DECISÃO RECORRIDA

8.

Com efeito, o D. Juízo a quo entendeu que “*Da análise da inicial e documentos, não verifico a verossimilhança das alegações, pois, numa primeira análise, é forçosos reconhecer a regularidade da autuação e da imposição da multa*” (sic).

Ora, com todo o respeito e acatamento, o entendimento acima transcrito não merece prosperar, uma vez que além de ter ignorado importantes argumentos aduzidos pela Agravante, o D. Juízo a quo desconsiderou o flagrante erro existente no cálculo da multa imposta. Senão, vejamos.

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

676

Agravante é uma empresa que busca nortear-se pelas regras de proteção dos consumidores, demonstrando uma preocupação especial em respeitar o público infanto-juvenil.

A Grendene, empresa Agravante, tem mais de 40 anos de atuação no mercado brasileiro, sempre pautando a sua conduta com ética e integridade. A Agravante atua no mercado infantil há décadas com as marcas Melissa, Raider, Zaxy, Ipanema, Grendha e Grendene Kids, sempre buscando resguardar o interesse de seus consumidores e ofertar-lhes produtos com parcerias com marcas de projeção global, como Disney, Cartoon Network, Marvel, entre outras. Não se pode deixar de indicar que a parceria da Agravante com estas empresas notórias, nacionais e internacionais, que são focadas no mercado infantil, por si só, demonstra a imagem idônea da Agravante no mercado em que se situa, já que as mesmas primam pela proteção e imagem de seus bens imateriais (personagens) no mercado infantil.

Dessa forma, não se pode perder de vista que a condenação imposta pelo Agravado e, por ora avalizada pelo D. Juízo de Primeiro Grau, é gravíssima, não só pelo valor milionário imposto sem qualquer base legal à Agravante, mas principalmente porque impõe, repise-se, sérias acusações de cunho subjetivo à mesma, que se mantidas, trazem uma enorme insegurança jurídica de como deve ser pautada a comunicação publicitária ao público jovem atual, razão pela qual tal penalidade deve ser imediatamente suspensa por esse Egrégio Tribunal.

Sobre isso, destaque-se que a Agravante sempre norteou sua atuação com extremo zelo, adotando cuidados redobrados e preocupando-se em desenvolver campanhas publicitárias que respeitem a condição especial daqueles que estão em fase de desenvolvimento. Por esse motivo, mesmo atuando há décadas no setor de calçados para o mercado infantil e infanto-juvenil, até o presente momento nunca sofreu nenhuma condenação imposta pelo Agravado.

Conforme restará patente, a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada deve ser imediatamente deferida por esse Egrégio Tribunal, na medida em que resta ausente qualquer fundamentação que justifique as graves e absurdas conclusões apresentadas pelo Agravado e ratificadas na r. decisão ora debatida.

Até porque, conforme informado, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, entidade responsável pela fiscalização da atividade publicitária, cuja atribuição é "defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor"¹, nas Representações 253/09 e 260/09, entendeu que os comerciais não feriam qualquer valor social, mostrando-se condizentes com o universo infantil (doc. 03 da exordial).

Com a máxima vénia, não resta dúvida de que o posicionamento do CONAR está não apenas em sintonia com a adequada percepção do que pode ser considerado um comercial condizente com o universo infantil da geração atual, mas também na inafastável conclusão de que a propaganda de produtos infantis é legal no Brasil.

Aliás, o CONAR recentemente publicou diversos trabalhos de juristas e comunicadores de vasta experiência acerca da Autorregulamentação e Liberdade de Expressão. Sobre isso, vale destacar passagem que se enquadra perfeitamente no caso ora discutido. Confira-se:

"Por esse motivo, quando aqueles que deveriam zelar pela liberdade passam a querer enquadrá-la, resumindo as opções de escolha, o resultado é sempre a tutela, ou seja, a infantilização dos cidadãos. Considerando-se convedores privilegiados da moral vigente ou imaginando que sabem o que é bem comum, essas pessoas acabam usurpando um poder que os cidadãos não lhes deram. É preciso ter em mente que não há democracia com tutela e que a liberdade de expressão jamais é excessiva. Alguma regulamentação só se faz necessária quando alguém sem discernimento pleno pode ser atingido - por definição crianças e adolescentes. Mas, mesmo nesses casos, todo o esforço deve ser feito para que a legislação vise, não a tutelar, mas a dar condições para que pais e responsáveis possam julgar por si o que suas crianças devem fazer ou não."²

É patente, portanto, que a r. decisão administrativa aqui combatida, procurou subterfúgios, chegando ao cúmulo de

¹ <http://www.conar.org.br/>

² João Roberto Marinho, *in* Democracia é Liberdade de Expressão, *in* Autorregulamentação e Liberdade de Expressão – A receita do CONAR, Conar, pp. 39-40. João Roberto Marinho é presidente do Conselho Editorial e vice-presidente das Organizações Globo – pag. 39/40.

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

578

formular as alegações acima expostas no afã de proibir a Agravante de realizar um ato permitido por lei, qual seja, a **publicidade de artigos infantis**.

Acerca da legalidade da publicidade de artigos infantis, vale destacar outro trabalho publicado pelo CONAR de autoria do jurista e ex-ministro da Justiça, Saulo Ramos (pag. 17):

“A partir do momento em que o Estado permite uma atividade econômica e sobre ela cobra impostos, obrigando-a a respeitar as relações trabalhistas de emprego, a pagar as contribuições previdenciárias e outros tributos, submetendo seus produtos a controle de qualidade e permitindo sua comercialização, nasce a presunção juris et de jure de que a atividade é lícita e ela adquire o direito à tutela constitucional completa, que inclui o direito à comunicação e à informação.”³

E, como veremos adiante, a atenta e individualizada análise das campanhas publicitárias que foram objeto do auto de infração de lavra da Agravada confirma a ilegalidade e falta de razoabilidade do ato administrativo cuja anulação é pretendida pela Agravante.

IV.1. Do anúncio “Guga K. Power Games”

10.

Vejamos. No tocante ao anúncio “Guga K. Power Games”, a r. decisão agravada aduz que “...neste tópico, razão não assiste à autora, uma vez que como foi veiculada em meio à programação infantil, por óbvio não tem como destino o público maior de 18 anos e, além disso, abusa da credibilidade infantil, pois a criança ao ingressar no "site" e acessar o jogo, não estão apenas brincando, mas sim estão diante de uma publicidade clandestina, cujo objetivo é a fidelização da marca” (*sic*).

Todavia, tal entendimento não merece prevalecer, eis que fundado em premissas equivocadas.

³ Saulo Ramos, *in* Liberdade de Informação e Propaganda, *in* Autorregulamentação e Liberdade de Expressão – A receita do CONAR, Conar, pp. 19.

11.
Na verdade, o anúncio “Guga K. Power Games”
mostra uma partida entre o famoso jogador de tênis Gustavo Kuerten (“GUGA”) e
algumas crianças que o desafiavam numa modalidade **lúdica e criativa** do
esporte, o “papetenis”, na qual se utilizavam dos produtos anunciados (papetes) em
substituição à habitual raquete de tênis (doc. 02).

Cada uma das crianças, que tinham suas vozes
dubladas por adultos, pronunciava as seguintes frases: “o Guga é o melhor jogador
de “papetenis” do mundo” e “agora o GUGA está procurando um sucessor”. No final,
o locutor indicava um site para acesso e diz: “veja se você é capaz”. Por último, o
próprio tenista vocaliza a seguinte frase: “agora eu quero ver quem vai me deixar
no chinelo”.

As crianças, cujas vozes foram dubladas por
adultos, **em uma óbvia situação bem humorada**, imitavam personalidades,
propondo uma “brincadeira”, no sentido de mostrar como é difícil vencer o jogador,
um dos melhores do mundo e que representava um modelo de valores positivos e
uma inspiração aos jovens e crianças brasileiras. Para demonstrar o claro intuito
lúdico e jocoso da situação, criou-se uma promoção comercial, **direcionada a**
jovens maiores de 18 (dez) anos, que consistia na realização do torneio
virtual de “papetenis”.

O público autorizado a participar da referida
promoção, portanto, conforme constava do seu regulamento, contido no site (o qual,
frise-se, não está mais no ar desde 2009), era o público adulto (maior de 18 anos),
de maneira que as crianças não somente não eram incentivadas, como não
poderiam cadastrar-se no site e “escolher” um modelo de “papetênis”.

A “escolha” do modelo pelos participantes da
promoção (ou seja, maiores de 18 anos) servia apenas para o fim de disputar a
partida virtual de “papetenis”, e não correspondia a um ato de compra. **Não havia**
no site, inclusive, indicação de valores, possibilidade de venda do produto
e muito menos endereços onde o mesmo poderia ser adquirido.

Vale ressaltar que ao contrário do quanto aduzido
pela r. decisão agravada, e conforme demonstrado acima, não se pode perder de

vista que o regulamento do site em questão (www.papetenisdoguga.com.br) claramente previa que o mesmo era destinado a maiores de 18 anos.

Mas, mesmo que assim não fosse (o que se nega e se alega apenas para argumentar), **fato é que a realização de publicidade de artigos infantis por meio de jogos não é abusiva, clandestina ou vedada por lei**, como, aliás, já se pronunciou com irrepreensível propriedade o Doutor Desembargador Maia da Cunha, *in verbis*:

“O D. Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, entendendo que toda e qualquer campanha de conteúdo publicitário e estratégia de marketing, voltada ao público infantil, é ilegal, pugnou pela imposição de obrigação de não fazer às rés apeladas, consistente em se absterem de promover, veicular ou de qualquer outra forma contribuir para a divulgação de peça publicitária ou outra forma de comunicação publicitária dirigida à criança, inclusive as apresentadas sob forma de jogos, brindes ou brinquedos.”⁴

Nessa medida, é patente que inexiste, *in casu*, nenhum tipo de abusividade, discriminação, incitação à violência, desrespeito a valores, ou que seja, não há que se falar em qualquer sorte de violação ao artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, restando insustentável a manutenção da r. decisão ora guerreada.

12.

O fato é que, ausente vedação legal, **a publicidade de artigos infantis simplesmente não pode ser proibida por cumprir sua função, desde que sem incitar comportamentos perniciosos e observados prudentes parâmetros de ética e razoabilidade**. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu em caso semelhante inexistir violação ao artigo 37 do CDC quando:

“Não há incitação a violência, incentivo em alimentar os animais, danos ambientais ou outras ações que possam implicar na subsunção ao disposto no §2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim, e tão somente, a criatividade dos publicitários brasileiros, que possuem grande destaque no mercado internacional justamente por cultivarem o bom humor e a inteligência das peças que criam. Acatar a tese defendida

⁴ TJSP - Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Câmara Especial, j. 19.09.2011, Rel. Maia da Cunha.

pelo recorrido acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva no disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, o ponto de limitar sobremaneira a criatividade da publicidade.⁵

"Ação Civil Pública - Improcedência - Confirmação - Venda casada - Inocorrência - Chaveiros sem valor comercial - Estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas - Configuração - Publicidade enganosa ou abusiva - Não caracterização - Crianças estão sob orientação e autoridade paternas."⁶

Por esse motivo, o CONAR, órgão tido como referência em matéria de publicidade e propaganda, ao analisar o comercial em questão não identificou as irregularidades infundadamente aventureadas pelo Auto de Infração e referendadas, até o momento, pelo D. Juízo *a quo*. Muito pelo contrário, os Conselheiros que analisaram o anúncio apenas recomendaram que o mesmo, assim como já era feito no site, indicasse de maneira mais clara a idade mínima para participar da promoção comercial⁷.

Um trecho do voto proferido pelo Conselheiro Relator da referida Representação, o qual transcrevemos abaixo, deixa claro que o anúncio e a promoção comercial não eram direcionados ao público infantil:

"A promoção, na sua comunicação, tem o apelo do público infanto-juvenil e adulto, não sendo direcionado, no seu conteúdo, uma linguagem infantil. Ela simplesmente se utiliza de crianças e adolescentes na sua comunicação para atingir o público autorizado a participar da promoção, ou seja, pessoas acima de 18 anos."

Assim sendo, é facilmente perceptível que o comercial ora discutido não violou qualquer dispositivo legal, razão pela qual a r. decisão ora guerreada não merece prosperar, sob pena de se propagar a censura.

⁵ TJSP – Apelação nº 558.085-5/0-00, Rel. Nogueira Diefenthaler, 7ª Câmara de Direito Público, j. 10.03.2008.

⁶ TJSP – Apelação nº 990.10.282755-0, Rel. Sousa Lima, 7ª Câmara de Direito Público, j. 01.12.2010.

⁷ A recomendação foi seguida pela Agravante.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que inexiste qualquer reclamação por parte dos consumidores acerca da suposta “abusividade” e/ou “clandestinidade” aventadas pela r. decisão ora debatida. Ora, se, de fato, existisse a “maldade” vislumbrada pela magistrada *a quo* é certo que inúmeros países teriam registrado reclamações, protestos, entre outras formas de mostrar indignação.

Contudo, inexistem reclamações a esse respeito, razão pela qual a publicidade veiculada não lesiona o mercado consumidor. Pelo contrário, r. decisão aqui combatida é que lesiona o direito da Agravante, direito esse expressamente assegurado pelo artigo 220, § 1º, da Constituição Federal. Ou seja, tal violação ao direito da Agravante por si só já seria apta a ensejar a reforma da decisão ora guerreada.

IV. 2. Da legalidade o uso de jogos virtuais na publicidade infantil

13. Mas não é só. Igualmente não se pode perder de vista que a r. decisão guerreada (e também a decisão do Agravado) não atacam singelamente a conduta da Agravante, mas colocam em discussão a legalidade de uma prática comercial consolidada no mercado publicitário da atualidade: o uso de jogos virtuais como parte de uma campanha promocional infantil.

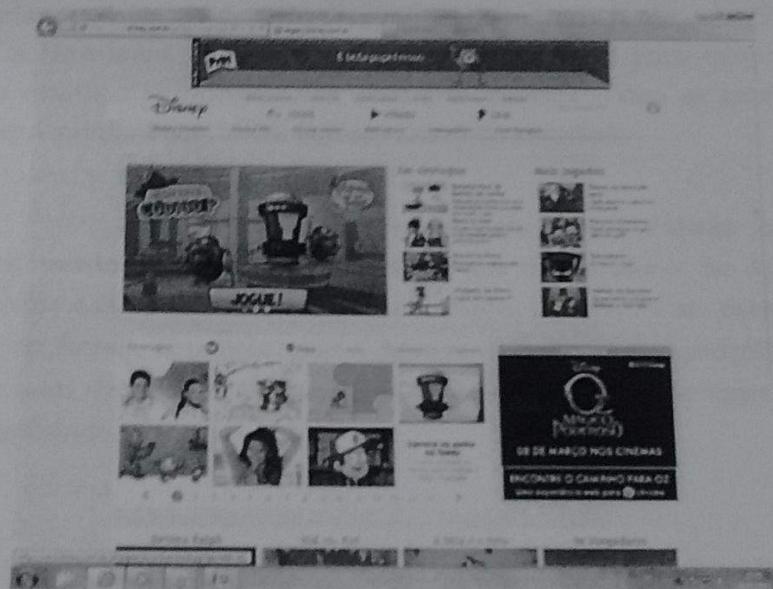
Vejamos. Conforme dito alhures, a Agravante criou um site no qual se poderia jogar o esporte “papetênis”. Conforme informado, o site não se destinava à venda ou sequer continha ferramentas, links e/ou acessos que permitissem a compra do produto (papete do Guga), sendo que sequer os preços dos produtos eram indicados, muito menos os locais de sua venda.

Ademais, e muito mais importante, o site não incitava nas crianças qualquer sorte de comportamento indesejável e/ou, por qualquer meio ou forma, prejudicial. Tratou-se, sem qualquer sombra de dúvida, de uma iniciativa lúdica (e em perfeita sintonia com a o universo infantil), lícita e ética.

Assim sendo, o único motivo que levou à condenação da Agravante na instância administrativa do Agravado, acolhida na r. decisão ora questionada, foi o uso de sites de jogos como parte de uma campanha promocional infantil, ou seja, resta em julgamento no presente recurso e na ação judicial não só a conduta da Agravante em si, mas também a do mercado publicitário em geral, quer brasileiro, quer estrangeiro, que adota a exata mesma conduta da Agravante.

Insista-se que o uso de *sites* com conteúdo de diversão direcionado ao público infantil é uma prática comum no mercado, sendo empregado por empresas que tem notória preocupação com o desenvolvimento infantil e juvenil, bem como claro histórico de respeito às normas e bons costumes locais, como a Disney, a Cartoon Network, e a TV Cultura (Cocoricó) (todas usam sites para promover seus personagens, valorizar o seu licenciamento e produtos - a respeito, atente-se para o conteúdo audiovisual - doc. 4 da inicial).

Nesse sentido, veja-se o exemplo abaixo:



14.

Deve-se ressaltar que a comparação de condutas acima apontada não é realizada com o condão (que seria inadmissível!) de indicar

que outras empresas também teriam uma conduta ilícita e não seriam punidas, já que de ilícito nada há nas condutas apontadas.

Na verdade, a comparação presta-se apenas a demonstrar que a Agravante nada mais fez do que exercer o seu direito de adotar uma prática publicitária comum no mercado brasileiro e internacional. Prática essa que é não apenas lícita, mas também moral e ética, e que por esse motivo é utilizada por empresas sérias e éticas, que atuam sob a estrita égide da lei brasileira.

Dificilmente pode-se acreditar que empresas que tem a sua reputação no mercado arraigada no respeito às normas e leis relacionadas à defesa das crianças e adolescentes adotariam à época dos fatos, e continuariam ao fazer até hoje **em massa**, uma conduta comercial ilícita.

De fato, todos os principais concorrentes diretos da Agravante Grendene no mercado de calçados infantil (Pampili, Klin, Molekinha, Bibi, Havaianas) mantêm até hoje em seus sites um espaço dedicado à conexão da marca com o público infantil, seja por meio do uso de jogos voltados às crianças e jovens ou pela disponibilização de conteúdo infantil (como, por exemplo, a Havaianas que disponibiliza papel de parede para computador e celular com a estampa encontrada nas sandálias infantis – com os personagens Minnie, Mickey, Ursinho Pooh, entre outros - doc. 5 da exordial).

Assim, a manutenção da r. decisão agravada, representa real **vantagem comercial desleal** aos competidores da Agravante, que se verão livres a continuar a adotar uma conduta, que, repise-se, para todos os efeitos é lícita no Brasil, mas pela qual a Agravante está sendo precipitadamente condenada em total detimento da livre iniciativa, da liberdade de expressão e do princípio da legalidade.

III.3. Do anúncio “Hello Kitty Fashion Time”

15. Com relação ao anúncio “Hello Kitty Fashion Time” (doc. 7 da exordial), o D. Juízo *a quo* entendeu que “...a publicidade da "Hello Kitty" não se afigura como uma brincadeira saudável, de casinha, uma vez que não se

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

importa com a deficiência de julgamento e experiência da criança, induzindo-a a um comportamento de adulto" (sic).

Contudo, conforme restará demonstrado, tal entendimento se mostra equivocado. Vejamos.

Ao contrário do quanto sustentado pelo D. Juízo a quo, o vídeo publicitário veiculado mostra algumas amigas reunidas, em cena cotidiana, desfilando umas para as outras os calçados da linha Hello Kitty. O contexto do comercial não deixa espaço para dúvidas que tudo se trata de uma brincadeira na qual as meninas usam diferentes roupas, se divertindo com o resultado. Tanto é assim que, no contexto da brincadeira e de forma a demonstrar um comportamento saudável, as meninas levantam plaquinhas, com flores e carinhas felizes, que contém linguagem de incentivo adequada ("D+", "Show", "Pode", entre outras). A linguagem, como deveria ser, é **coloquial e uma reflexão do vocabulário infanto-juvenil da época**.

No final do comercial, meninos, **da mesma idade das meninas**, no mesmo tom de brincadeira infantil e com claro intuito saudável, integram a **brincadeira**, também levantando plaquinhas **que contêm uma linguagem condizente com a idade das crianças**, já pré-adolescentes ("uau", "D+", "linda"). O comercial demonstra a interação das meninas e dos meninos de forma casual, bem como a roupa que as meninas e os meninos usam são adequadas à sua faixa etária e aos usos e costumes em voga, de forma a não atribuir qualquer adultização ou conotação erótica à brincadeira.

Ao contrário do quanto esposado na r. decisão ora debatida, o contexto da publicidade é plenamente condizente com o universo das crianças pré-adolescentes daquela idade, tanto no que diz respeito à brincadeira das amigas (desfile de moda), quanto com relação aos dizeres nos cartazes, que em nenhuma medida são ofensivos ou erotizados. Ao contrário, é facilmente perceptível que os cartazes dizem respeito ao conjunto visual composto pelo calçado anunciado e pelo relógio que o acompanha.

Deve ser apontado que o comercial demonstra interações típicas de meninas e meninos na pré-adolescência. A verdade é que, perto de novelas, séries, revistas e filmes dirigidos para o mesmo público, o mesmo é conservador e **trata somente da inocência na interação entre meninos e meninas dessa fase**. Em momento algum, o comercial induz a um comportamento

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

adulto ou, por qualquer meio ou forma, impróprio dentro do contexto do universo infantil ou pré-adolescente.

Com o máximo respeito, não há nenhum embasamento para sustentar que uma mera brincadeira, cotidiana para quase todas as meninas da idade, possa não ser saudável ou representar uma “adultização” como aduzido pela r. decisão ora debatida — ou, pior, uma “erotização”, conforme constou na decisão proferida pelo Agravado que originou a propositura da presente ação.

Ora, a veiculação de um inocente comercial pode ser motivo para a aplicação de uma penalidade de mais de três milhões de reais?

Que criança não brincou um dia de fingir que estava em um contexto adulto: brincar de “lojinha”; usar roupas diferentes e brincar de desfilar; fingir que uma boneca é uma “filha”, brincar de “casinha”, entre muitas outras brincadeiras que representam nada mais que a interpretação infantil do mundo de seus responsáveis adultos. O maior exemplo de brincadeira infantil que reproduz o universo adulto é o modelo adulto-feminino proporcionado há décadas pela popular “Barbie”, uma boneca com corpo idealizado e “roupinhas” que integram o universo adulto.

Assim, é importante que não se descontextualize a alegação ora feita pela Agravante, que não se manifesta a favor ou contra a chamada “adultização” de crianças, somente defende que LEGALMENTE e SOCIALMENTE não existe vedação legal à tal prática do comercial em debate.

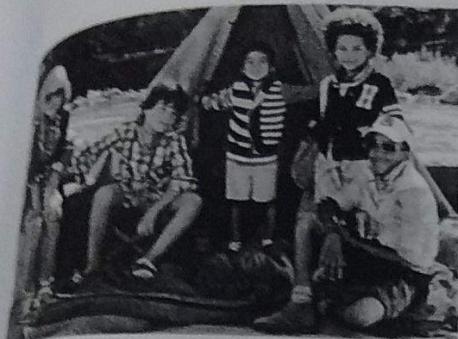
A propósito, a reprodução do universo adulto no contexto infantil não apenas é socialmente aceita (desde que destituída de excessos perniciosos ou desde que não estimule comportamentos indevidos), mas é incentivada pela sociedade (doc. 04). Tanto que não se tem notícia de que os inúmeros concursos infantis de miss, de beleza, de talentos, etc., tenham sido penalizados por induzir as crianças a interpretar um comportamento adulto.

Da mesma forma, as prestigiadas revistas de moda também não são penalizadas por reproduzirem elementos do universo adulto no

contexto infantil, inclusive, em suas capas (vide exemplos abaixo). Ao contrário, os próprios pais almejam que seus filhos figurem em tais publicações.



Assim, importa observar, ainda, que a r. decisão ora debatida parece idealizar um contexto que não mais existe nos padrões e na atual geração, sendo assim equivocada, exagerada e em franca dissonância com a realidade cultural atual, refletida no mercado de produtos infantis brasileiro (e mundial!), que, em sua grande maioria, realiza publicidade utilizando crianças como modelos. Confira-se:



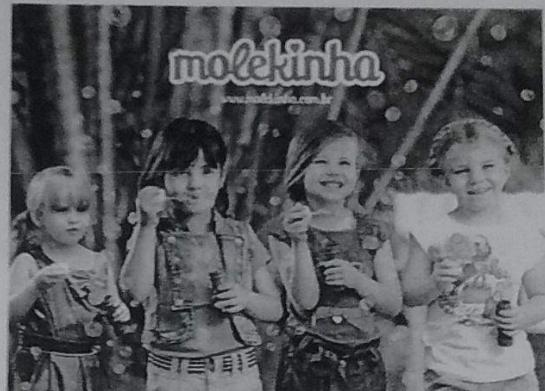
Tommy Hilfiger



Totem



Dior



Molekinha

Ao contrário do entendimento esposado na r. decisão ora guerreada, é evidente ser prática usual (inclusive de competidores da Agravante) se valerem de fotografias, comerciais e desfiles contendo crianças para promoção do produto a ser comercializado. E mais: a utilização de crianças na posição de modelos comerciais de produtos é prática permitida tanto pelo ordenamento jurídico pátrio, como pelos nossos Tribunais.

Percebe-se, ainda, da simples visualização das fotografias que o comercial ora discutido se encontra perfeitamente inserido no contexto social das crianças e jovens brasileiros, de forma que não há que se falar em erotização ou antecipação da idades adulta, mas sim de prática corriqueira e usual, que visa atingir o universo cultural moderno das crianças e jovens brasileiros.

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

580

Em suma, não há que se falar em qualquer tipo de conduta inadequada nos comerciais veiculados pela Agravante, razão pela qual o r. *decisum* ora debatido não merece prosperar.

O mero fato de que os meninos de forma inocente, e no contexto lúdico ou jocoso da situação apresentada, levantam cartazes escritos "linda" ou "D+" ou "uau" nada contempla de sensual ou erótico. Não há sedução, mas sim claramente uma brincadeira, um retrato saudável da ingênuo interação entre indivíduos da faixa etária exibida. Resta, pois, ausente qualquer sintonia e/ou proporcionalidade entre a realidade dos fatos, a penalidade imposta e a decisão ora debatida.

Basta compararmos uma cena do comercial veiculado pela Agravante e uma foto de um desfile com adultização, "erotismo e apelo sexual" para percebermos a nítida diferença entre a publicidade ora discutida com uma publicidade com esse tipo de apelo. Nessa medida, é facilmente perceptível a inocência e a adequação do comercial veiculado pela Agravante.

Para tanto, a Agravante traz à colação a cena ora discutida e uma cena de um desfile com efetivo erotismo, apelo sexual e comportamento adulto:



17. Ora, o comercial em questão não contém nenhuma conotação sexual ou erótica, bem como não antecipa fases da vida adulta. A **Agravante simplesmente faz uso de seu direito de anunciar produtos infantis.**

No mais, há que se destacar que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a publicidade quando esta se configura abusiva. Dentre as hipóteses de abusividade, inclui-se, nos termos do seu art. 37, § 2º, do aludido diploma legal a publicidade que se aproveite “da deficiência de julgamento e experiência da criança”.

Nesse sentido, vale destacar recente acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconhece expressamente que esse tipo de anúncio não violaria nenhum dispositivo do Código de Defesa do consumidor, na medida em que (i) os produtos não são adquiridos por criança alguma; (ii) o poder de influência das crianças é facilmente contornável; (iii) bem como que a inexistência de desrespeito direto à dignidade humana, à saúde ou à segurança pessoal e/ou coação moral, não configura abusividade. Confira-se:

“Ora, tais produtos não são adquiridos diretamente por criança alguma. Escapa, então, da esfera de decisão das crianças, a aquisição direta destes produtos, que passa, forçosamente (admitindo-se raros e excepcionais casos), pelo crivo decisório de algum adulto responsável pelo infante ou adolescente alvo da campanha. Enfraquecido, então, o argumento de que a publicidade em foco aproveita-se “da deficiência de julgamento e experiência da criança” (art. 37, § 2º, do CDC). Reconhece-se, é fato sociológico notório dos tempos atuais (ditos pós-modernos), o poder de influência das crianças sobre as decisões de consumo das famílias, especialmente quando incitadas por forte publicidade promocional. Mas tais influências não são absolutas e, ademais, ainda são contornáveis em famílias estruturadas, ou em meio de crianças bem assistidas. Fraco, então, o impacto da campanha publicitária da autora no âmbito decisório e de ação de consumo do público-alvo, ou seja, na esfera de julgamento e de compra, por pensamento e conduta exclusiva das crianças e dos adolescentes.

(...)

Todavia, repita-se, não se vislumbra na campanha publicitária em foco grau de excesso que avance para a patologia publicitária, ofensivo aos hipossuficientes, por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

594

prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão.”⁸

No mesmo sentido, cumpre trazer à colação, trecho de mais um trabalho publicado pelo CONAR, sob o título *Mordaça na publicidade infantil? Com liberdade de expressão não se brinca* (doc. 04), *in verbis*:

“E o que fazer com os apelos extrapublicidade como as sedutoras vitrines de lojas, as fotos de revistas, os envolventes programas infantis de tevê, os filmes com super-heróis, tudo e todos mostrando mil objetozinhos do desejo infantil? Eles fariam outras mordaças complementares? O risco, historicamente comprovado, é que quem faz uma censura faz mil, basta começar. Daí o perigo dessa visão envenenada por uma ideologia dos anos de 1960 que, se já era caduca na época, imagine-se agora, demonizando a sociedade de consumo e rotulando os publicitários como gênios do mal. O equívoco do autor do projeto de lei não está só no autoritarismo. Mas no fato de fingir desconhecer que criança não tem conta em loja, não tem cheque nem cartão de crédito. E que seus pedidos de consumo são atendidos por quem possui o poder econômico – os adultos. Assim, cabe aos pais ter coragem de dizer ‘não’.”⁹

18.

Importante frisar que o anúncio em questão passou por análise criteriosa do CONAR na Representação 253/09, oportunidade em que os Conselheiros da entidade entenderam que o comercial não feria qualquer valor social, mostrando-se condizente com o universo juvenil (doc. 3 da inicial). Não por menos é que os Conselheiros que analisaram o anúncio apenas recomendaram, por uma tecnicidade, que a locução veiculada ao final do filme fosse vocalizada por um adulto, e não por uma criança.

Nesse contexto, é facilmente perceptível que o anúncio ora discutido é perfeitamente legal e adequado, tal qual reconhecido pelo CONAR. Ora, caso tal anúncio, de fato, fosse maléfico para a sociedade, como explicar que:

⁸ TJSP – Apelação nº 0025180-44.2009.8.26.0053, Rel. Vicente de Abreu Amadei, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27.11.2012.

⁹ Alex Periscinoto, in *Mordaça na publicidade infantil?*, *in Autorregulamentação e Liberdade de Expressão – A receita do CONAR*, Conar, pp. 59-60..
DOCS 5955581v3 485100/4 FFA

- Não se tem notícias de reclamações de consumidores;
- (i)
- Não houve reclamação de associação de pais, igrejas, enfim, não há insurgência da sociedade com o comercial;
- (ii)
- Os pais permitiram que as crianças figurassem no comercial;
- (iii)
- O CONAR aprovou o comercial;
- (iv)
- A Agravante continua mantendo credibilidade no mercado.
- (v)

O anúncio "Hello Kitty Fashion Time", portanto, é totalmente regular diante dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, em especial do seu art. 37, § 2º, uma vez que não se aproveita da "deficiência de julgamento e experiência da criança", bem como está em total consonância com os princípios do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR.

Resta ausente, assim, qualquer motivação que justifique a condenação da Agravante no processo administrativo ora debatido, razão pela qual é incosteste a necessidade de reforma da r. decisão ora debatida.

IV.3. Da Publicidade de Artigos Infantis e Do contexto social em que as propagandas foram veiculadas

19. Importa observar que o Ministério Público propôs por algumas vezes ações civis públicas, **ações estas apoiadas pelo Instituto Alana¹⁰**, para proibir a veiculação de publicidade de artigos infantis, sob a alegação de que a mesma poderia ser considerada abusiva, por estimular um comportamento consumista ou prejudicial (ao menos na subjetiva e isolada avaliação do *Parquet*) em crianças:

"O D. Representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, entendendo que toda e qualquer campanha de conteúdo publicitário e estratégia de marketing, voltada ao público infantil, é ilegal, pugnou pela imposição de obrigação de não fazer às rés apeladas, consistente em se absterem de promover, veicular ou de qualquer outra forma contribuir para a

¹⁰ Instituto que apresentou a representação contra a Agravante perante o Procon-SP, e que resultou na decisão administrativa ora combatida.

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

593

divulgação de peça publicitária ou outra forma de comunicação publicitária dirigida à criança, inclusive as apresentadas sob forma de jogos, brindes ou brinquedos.”¹¹

Esse Egrégio Tribunal, com grande sabedoria julgou as ações improcedentes, tendo em vista a ausência de qualquer dispositivo legal que vede a veiculação de campanhas publicitárias ao público infantil, tendo como direito constitucional das empresas no Brasil somente serem proibidas de fazer algo, se em virtude de lei. Confira-se:

“O que se tem é a análise da legalidade das campanhas publicitárias voltadas ao público infantil (utilização de termos, imagens lúdicas e estratégias de venda para atrair o público infantil). Por força de cláusula pétrea, a trazer em seu bojo a essência do princípio da legalidade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Portanto, de forma abstrata e genérica, consoante pugna o apelante em sua petição inicial e apelação, apenas e tão somente poderia o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade das peças publicitárias promovidas pelas apeladas (todas e quaisquer delas), se o ordenamento jurídico vigente expressamente proibisse tal conduta.”

(...)

“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.”¹²

No mesmo sentido, foi o V. Aresto de lavra do Exmo. Desembargador Enio Zulani, que, em caso da mesma envergadura, alerta sobre a importância de restringir a desmedida e injustificada interferência do judiciário em questões comerciais (grifos nossos):

¹¹ TJSP - Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Câmara Especial, j. 19.09.2011, Rel. Maia da Cunha

¹² TJSP - Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Rel. Maia da Cunha, Câmara Especial, j. 19.09.2011.

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

594

“O que é emblemático - e nesse particular foi acertada a r. sentença - é o que exigir do Judiciário na solução desse grave problema, sabido que a interferência do juiz na esfera das atividades privadas autorizadas e por meio de intervenção no campo publicitário, em certos contextos, poderá ser avaliada como uma inutilidade que desmoraliza a própria função e efetividade do serviço público (art. 50, XXXV, da CF).”

“Não há, data vénia dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal.”¹³

Nesse diapasão, destaque-se que não existe norma proibindo a realização de publicidade de artigos infantis por meio de jogos, da mesma forma não há norma proibindo a realização de comerciais que veiculem meras brincadeiras, cotidianas, para quase todas as meninas da idade.

20.

Quanto ao incentivo de consumo a menores, o ilustre Desembargador Enio Zuliani prossegue indicando que não se deve descartar o papel da família e educadores na orientação e educação das crianças, lembrando que as mesmas atuam por meio de representação e decidem “suas vidas e caminhos por orientação familiar”, *in verbis*:

“Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes? O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é

¹³ TJSP - Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 03.09.2009.

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

595

inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras.”¹⁴

Assim sendo, infere-se que se o próprio Egrégio Tribunal concluiu que não há qualquer vedação legal para a realização de publicidade infantil, seja por meio de jogos, imagens lúdicas e/ou atitudes que, reproduzindo de forma saudável o universo infantil, incentivem, de forma razoável e não abusiva, o consumo. Dessa forma, nota-se por total ausente qualquer motivação que justifique a manutenção da r. decisão de primeira instância.

Entender de modo diverso importaria em patente afronta ao princípio da legalidade consubstanciado no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna (verdadeira cláusula pétreia), segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E, *in casu*, definitivamente não existe qualquer sorte de lei que vede a publicidade voltada para o universo infantil e/ou infanto-juvenil.

Mas não é só. Não se pode igualmente olvidar que as técnicas publicitárias utilizadas nas propagandas em debate não contêm absolutamente nada de abusivo, sendo, inclusive, largamente utilizadas pelas empresas que fabricam e comercializam produtos direcionados ao mercado infantil. Para atestar tal alegação, a Agravante traz a colação diversos casos nos quais condutas semelhantes às da Agravante são encontradas no mercado consumidor.

Ademais, não se tem notícia que nenhuma outra empresa tenha sido condenada por veicular tal sorte de campanhas.

V. DO VALOR EXCESSIVO DA MULTA ARBITRADA

21. O D. Juízo *a quo* entendeu, ainda, que a multa aplicada pelo Agravado não seria desproporcional, bem como teria sido aplicada de forma correta, *in verbis*:

¹⁴ TJSP - Apelação nº 0125013-34.2008.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 03.09.2009.

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

596

"Em relação ao suposto caráter abusivo e desproporcional da multa, mais uma vez, não vingam as alegações da autora, pois a aplicação decorreu de dispositivo legal (art. 56 e 57 do CDC), que foi bem sopesada pelo PROCON mediante os critérios previstos na Portaria nº 33/09. Ademais, é a autora uma grande empresa, atua não só no comércio da marca Melissa, bem como Raider, Zaxy, Ipanema, Grendha e Grendene Kids, indicando assim que tem condições de suportar a pena pecuniária."

Contudo, tal entendimento não merece prevalecer, vejamos.

O valor fixado pelo Agravado a título de penalidade, qual seja, R\$ 3.193.300,00 (três milhões, cento e noventa e três mil e trezentos reais) é exorbitante e tal fato, por si só, já deveria motivar a sua adequação em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre esse aspecto, esclareça-se que a multa foi imposta por suposto descumprimento ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, cuja ocorrência, conforme restou demonstrado, evidentemente é uma inverdade.

Por outro lado, não há notícia de reincidência, tampouco de lesão a quem quer se seja, na medida em que inexistem reclamações diretas de consumidores, havendo, *in casu*, apenas denúncia de organização não governamental.

A gravidade da conduta, ressalte-se, está intrinsecamente ligada à extensão do dano, não sendo legítima a classificação gerada a partir de especulações!

É patente, portanto, que a multa arbitrada é desproporcional à gravidade da suposta infração, razão pela qual mister, no mínimo, sua suspensão até o término da demanda ou sua redução. Nesse sentido, emerge da jurisprudência (grifamos):

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PENALIDADE. PROCON. VIOLAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DE SUSPENSÃO DO SERVIÇO. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. REDUÇÃO DA MULTA. Atualmente não há mais dúvidas de que o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos

Veja-se estar aqui se tratando de multa de mais de três milhões de reais, quantia esta impactante à atividade empresarial da Acervante. E nem se defende o caráter punitivo da sanção, posto que três milhões de reais há muito superou o dito caráter punitivo, tangenciando o indevido enriquecimento dos cofres públicos e o confisco! Fórmulas como aquela previsamente adotada no cálculo da multa fixada não são sinônimos de proporcionalidade ou razoabilidade alguma, estas conferem sim comodidade, mas não exprimem menor coerência, sobretudo em casos como este.

Sobre isso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já consignou:

"ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. MULTA IMPOSTA PELO PROCON. Competência do PROCON para aplicação de penalidades de caráter administrativo aos prestadores de serviços públicos, por ofensa aos direitos dos consumidores. Poder de polícia erigido diretamente da lei e do decreto regulamentador (art. 56, do CDC e artigos 3º, 4º e 5º, do Decreto nº 2.181/97). Processo administrativo regular, com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Decisão sancionatória devidamente motivada. Illegalidade não caracterizada. Inobservância, contudo, dos critérios balizadores para graduação da sanção. Penalidade aplicada sem a necessária motivação. Sua redução para o mínimo legal. Recurso provido em parte."¹⁶

Ora, como cediço, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como o princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos, ou seja, é patente que com base em tal princípio a redução da penalidade se faz imperiosa.

No caso em apreço, é flagrante a desproporcionalidade em se atribuir à recorrente o pagamento de qualquer valor, quiçá o de mais de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), com base exclusivamente, em uma interpretação subjetiva de dois comerciais, cuja infração ao artigo 37 §2º do CDC é, no mínimo, altamente discutível. Ou seja, por qualquer

¹⁶ TJRJ – Apelação nº 0012111-02.2010.8.19.0021, Rel. Carlos Eduardo Passoa, 2ª Câmara Cível, j. 31.01.2013.
DOC5 3933381v3 4831004 FPA

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

599

ângulo que se analise a questão infere-se que a r. decisão agravada não merece prevalecer, pois não há justificativa plausível para a aplicação de penalidade nos moldes feitos pelo Agravado.

Decerto, a imposição de multa na inacreditável monta acima referida ultrapassa, em muito, a finalidade da lei de proteção ao consumidor e do próprio decreto, a qual, obviamente, não é a de enriquecer os cofres públicos às custas de multas milionárias arbitrariamente conferidas.

Assim, é já incontroversa a frontal contrariedade ao princípio da proporcionalidade, havendo sido lavrada contra a Agravante multa arbitrária e nada condizente com a situação fática discutida, impondo-se, consequentemente, o seu afastamento ou, na pior das hipóteses, a sua redução.

É evidente, portanto, que a r. decisão ora recorrida não se sustenta, visto que se a multa, no mínimo, deve ser reduzida. E mais: é desarrazoado que se penalize desde logo a Agravante ao pagamento de penalidade milionária e completamente infundada.

Ora, com a devida vênia, a multa imposta revela-se desproporcional e exorbitante. Longe de cumprir sua missão, que é a de atuar sobre o ânimo da Agravante e não a de figurar como confisco. Assim, se a decisão ora guerreada prevalecer, terá cumprido função completamente distorcida.

22. De outra parte, deve ser levado em conta, ainda, que o PROCON arbitrou a referida penalidade com base em presunção do faturamento da Agravante, valendo-se de parâmetro totalmente equivocado e tal questão foi completamente desconsiderada pelo D. Juízo a quo.

Assim, mesmo que o magistrado de primeira instância entendesse que a aplicação da fórmula utilizada pelo Agravado estaria correta — o que se nega veementemente e só se alega para argumentar — é evidente que ela utilizou base de cálculo incorreta.

Sem embargo, deve ser indicado que o Demonstrativo de Cálculo da Multa, formulado à fls. 354 do processo administrativo (doc. 02 da inicial) contém informações manifestamente falsas!

Veja-se por mais que a Agravante fosse uma empresa com um lucro surpreendente JAMAIS teria uma receita bruta de mais de

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

600

UM BILHÃO DE REAIS por mês. Esse demonstrativo é absurdo. Tal valor foi tirado de demonstrativo da Agravante que correspondente ao faturamento ANUAL da empresa em 2009 (fls. 09 do doc. 2 da exordial).

A Agravante, assim, impugna integralmente a receita bruta estimada, aproveitando a oportunidade, para reiterar o documento de fls. 435 a 448 do doc. 2 da vestibular, que comprova que a renda média do período de três meses antes da lavratura do auto de infração foi de R\$ 546.370.000,00 (quinhentos e quarenta e três milhões, trezentos e setenta mil reais) motivo este, quando menos, suficiente à minoração da penalidade arbitrada.

VI - DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL

23.

Consoante já salientado acima, quando da demonstração da necessidade de processamento do presente recurso sob a forma de instrumento, a r. decisão recorrida é claramente apta a produzir lesão grave e de difícil reparação, ainda mais se considerarmos o quanto disposto na r. decisão ora agravada, *in verbis*:

"Ademais, é a autora uma grande empresa, atua não só no comércio da marca Melissa, bem como Raider, Zaxy, Ipanema, Grendha e Grendene Kids, indicando assim que tem condições de suportar a pena pecuniária. Sendo assim, indefiro a antecipação dos efeitos da tutela. Se querendo, poderá a autora, em 48 horas, efetuar o depósito integral do valor da multa para fins de suspensão de sua exigibilidade (art. 151, II do CTN)."

Ora, o *fumus boni juris* que justifica o imediato deferimento da antecipação da tutela recursal restou absolutamente evidenciado neste arrazoado, sobretudo considerando-se a legalidade dos anúncios veiculados e o erro da penalidade imposta.

24.

Por outro lado, no que concerne ao requisito do *periculum in mora*, salta aos olhos o risco de dano irreparável imposto pela r. decisão ora debatida.

Pois bem. No presente caso, a antecipação dos efeitos da tutela recursal visa impedir que a multa imposta pelo Agravado seja

FELSBERG & ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

601

inclusa na dívida ativa, venha a ser executada, bem como que o nome da Agravante seja incluído no CADIN, uma vez que tal penalidade advém de auto de infração nulo e desprovido de qualquer fundamento, ou, na pior das hipóteses, por ter sido a multa fixada em parâmetro desproporcional e equivocado.

Além disso, o pagamento imediato de mais de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), nos termos do artigo 151, II do CTN, irá afetar sobremaneira o fluxo de caixa da ora Agravante. Isso sem contar os demais prejuízos que tal pagamento trará.

Isso porque, a ora Agravante é uma sociedade anônima com o capital aberto e o simples fato de a Agravante trazer a público o pagamento de tamanha quantia por uma penalidade altamente infundada e subjetiva, certamente gerará inúmeros prejuízos de investimento e de credibilidade na empresa. Tal fato gerará: (i) um grande impacto no capital de giro da Agravante; (ii) o descarte de qualquer investimento que estivesse nos planos da Agravante; (iii) a diminuição da distribuição dos dividendos dos acionistas e, consequentemente, o valor das ações da Agravante será afetado sobremaneira.

Ora, não estamos falando de um valor simbólico ou razoável, estamos falando de um valor exorbitante de mais de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), ou seja, tal valor é suficiente para levar a bancarrota inúmeras empresas e negócios.

Dessa forma, resta evidenciada a necessidade de impedir, ao menos até o final deslinde da presente ação, a suspensão e a reforma da decisão de primeira instância, bem como a prática de qualquer ato tendente a incluir o referido débito em dívida ativa, ante os fortes elementos que dão conta da irregularidade do procedimento adotado pelo Agravado, bem como da nulidade da referida multa. Da mesma forma, é patente que deve ser autorizada a suspensão do pagamento de qualquer valor por parte da Agravante em favor do Agravado ou do depósito de qualquer valor para garantia Juízo.

Essenciais, neste ponto, as considerações de Calamandrei, que citado por Cândido Rangel Dinamarco, assim pontificou:

“...entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardivamente, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal , isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária

ponderação, nas sossegadas formas do procedimento ordinário.”¹⁷

Cumpre trazer à colação, ainda, decisão proferida por esse Egrégio Tribunal em caso semelhante ao presente (grifamos):

“O auto de infração questionado está juntado a fls. 40/41, constando a fundamentação da autuação, por violação ao art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. A atividade desenvolvida pelo PROCON/SP é legítima e tem amparo legal, todavia, na hipótese dos autos, há circunstância diferenciadora a justificar possa ser avaliada a fundamentação da autuação. Isso porque, trata-se de avaliação (com intensa subjetividade) das condições da campanha publicitária e, ao que consta, após a autuação é que pode se manifestar a empresa autuada. Discute-se, então, se houve a abusividade alegada, a autorizar a autuação, questionando-se, ainda, a correspondente base legal; tais condições indicam, ao menos nesta fase, a possibilidade de acolhimento das razões exposta na ação declaratória. De outra parte, a manutenção da autuação até que se defina a questão, impõe, diante das condições acima referidas, ônus excessivo e de difícil reparação, enquanto a suspensão é ato perfeitamente reversível, quando do julgamento da ação, e que não implica riscos à agravante. Por conseguinte, a r. decisão de primeiro grau, considerando seu caráter preliminar, mostra-se razoável e atende aos requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil.”¹⁸

26.

Vale destacar que, ao Agravado, por sua vez, não se verifica nenhum prejuízo na concessão da antecipação de tutela recursal ora pleiteada, com a suspensão imediata da decisão administrativa, pois se, ao final da demanda, o pedido for julgado improcedente — o que se cogita apenas para argumentar e se nega — poder-se-á determinar o pagamento da penalidade imposta.

Por outro lado, se o Agravado vier a ser quitado e, ao final da demanda, a presente ação vier a ser julgada procedente, caberá a Agravante tomar uma série de medidas e aguardar por um longo período seu eventual resarcimento.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero; *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*; n. 8; esp., p. 20, apud DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Nova Era do Processo Civil*, Malheiros, 2004, p. 72.

¹⁸ TJSP – Agravo de Instrumento nº 971.318-5/6-00, 1ª Câmara de Direito Público, j. 15.12.2009, Rel. Luís Cortez

Nestes termos, preenchidos os requisitos dispostos na lei, considerando-se, ainda, a urgência na concessão do provimento, deverá este Egrégio Tribunal conceder a mencionada antecipação, para que a Agravante não tenha que desembolsar o valor da penalidade ora discutida, bem como que o Agravado se abstenha, pelo menos até o deslinde final do presente caso, de qualquer ato tendente a: (i) negativar o nome da Agravante; (ii) incluir a referida multa na dívida ativa do município, e (iii) de praticar qualquer ato voltado para a execução fiscal da mencionada multa ou a inscrição de seu nome no CADIN.

27. De outro lado, em casos similares, ficou assente em nossa jurisprudência que a caução não é obrigatória, podendo o magistrado declinar da sua exigência. Veja-se julgado desse Egrégio Tribunal corroborando o mencionado:

"Agravo de Instrumento. Tutela antecipada deferida. Ação anulatória de ato administrativo. AIIM lavrado pelo Procon relativo a propaganda abusiva. Depósito prévio do montante integral da dívida como condição para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Desnecessidade. Redação do artigo 151, inciso V, do Código Tributário Nacional, que definiu como hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, diversa do depósito do valor da dívida, a concessão de liminar ou antecipação de tutela. Ausência de prejuízo na manutenção da decisão. Afastadas as preliminares suscitadas em resposta pela agravada quanto à prevenção da Sétima Câmara de Direito Público para julgamento do agravo e quanto à intempestividade deste. Recurso conhecido, mas não provido."¹⁹

De fato, verifica-se que a exigência de caução é uma faculdade do magistrado, conforme entendimento jurisprudencial pacífico, *in verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INXESTÊNCIA DE DÉBITO - TUTELA ANTECIPADA - PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO - DESNECESSIDADE. - A concessão da liminar não pode ser condicionada ao oferecimento de caução, tendo em vista, primeiramente, que a caução não tem

¹⁹ TJSP – Agravo de Instrumento nº 0095302-76.2011.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, j. 24.08.2011, Rel. Osni de Souza.
DOCS 5955581v3 4851004 FFA

FELSBERG & ASSOCIADOS

604

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

natureza de garantia de pagamento, mas tão somente de garantia processual, e, em segundo lugar, que não há no art. 273 do CPC exigência deste requisito dentre aqueles mencionados.”²⁰

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 273, CPC. PRESENÇA DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. DESNECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. - Uma vez presentes os requisitos previstos no artigo 273, CPC, vale dizer, a verossimilhança das alegações somada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a concessão da tutela antecipada, para a qual não se exige, nos termos do artigo 273, CPC, a prestação de caução, é medida de rigor.”²¹

Assim, a robustez dos argumentos e provas colacionados são suficientemente aptos para afastar a exigência de prestação de caução, já que comprovada sobremaneira a nulidade e a improcedência do autos de infração ora discutido.

Diante disso, requer-se seja deferida, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela recursal pleiteada, qual seja, a suspensão da exigibilidade da multa ora debatida, sem a exigência de qualquer tipo de caução.

28. Caso não seja esse o entendimento de V. Exas. — o que se menciona tão somente para argumentar e o que se nega — requer-se a concessão de prazo de 10 (dez) dias para que a Agravante possa oferecer bens aptos a caucionar o Juízo.

Ad argumentandum, caso seja diverso o entendimento de V. Exa. — o que não se espera e somente se alega em atenção ao princípio da eventualidade — requer o Agravante, ao menos, que o valor do *quantum* a ser depositado e/ou caucionado seja substancialmente reduzido, bem como que o prazo para cumprimento de eventual depósito ou caução não seja inferior a 10 dias.

²⁰ TJMG – Agravo de Instrumento nº 1.0079.11.057444-3/001, 16ª Câmara Cível, j. 21.11.2012, Rel. Batista de Abreu.

²¹ TJMG – Agravo de Instrumento nº 1058259-17.2012.8.13.0000, 13ª Câmara Cível, j. 8.11.2012, Rel. Cláudia Maia.

605

FELSBERG ASSOCIADOS

FELSBERG, PEDRETTI E MANNRICH
ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS

VII - CONCLUSÃO

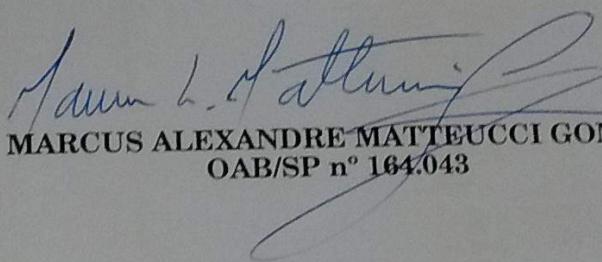
29.

Ex Positis, requer, liminarmente, a Agravante não apenas que o presente recurso seja recebido e processado na forma de instrumento, mas também que ao mesmo seja concedida a antecipação da tutela recursal pleiteada, a fim de que a Agravante não seja compelida a depositar os valores ora discutidos, bem como para que seja determinado que o Agravado se abstenha de qualquer ato tendente a inclusão da multa ora debatida em dívida ativa, além de ser impedido de proceder com a execução fiscal da mesma e/ou apontar os nome da Agravante no CADIN até que seja proferida decisão quanto ao mérito do presente recurso por esse Egrégio Tribunal.

Outrossim, requer a Agravante que, ao final, seja dado integral provimento ao presente Agravo de Instrumento, a fim de que seja integralmente reformada a r. decisão recorrida para os fins adrede expostos, em especial, para que a exigibilidade da penalidade ora discutida seja suspensa até o final da demanda, bem como para que o Agravado seja impedido de incluir a multa ora debatida em dívida ativa, proceder com a execução fiscal da mesma e/ou apontar os nome da Agravante no CADIN.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 13 de junho de 2013.


MARCUS ALEXANDRE MATTEUCCI GOMES

OAB/SP nº 164.043

FERNANDA FAIAD
OAB/SP nº 247.965