

Peter Dirk Siemsen
Gert Egon Dannemann (Conselheiro)
José Antonio B. L. Faria Correa
Luiz Henrique O. do Amaral
Raul Hey
Gustavo de Freitas Morais
Peter Eduardo Siemsen
Joaquim Eugenio Goulart
Attilio José Ventura Gorini
Ana Lúcia de Sousa Borda
José Eduardo Campos Vieira
Alvaro Loureiro Oliveira
Henrique Steuer I. de Mello
Rafaela Borges Walter Carneiro
José Henrique Vasi Werner
Marcos Velasco Figueiredo
Marina Inês Fuzita Karakanian
Rodrigo Borges Carneiro
Mauro Ivan C. R. dos Santos
Rodrigo Rocha de Souza
Markus Michael de M. Wolff
Eduardo da Gama Camara Junior
Cândida Ribeiro Caffé
Sandra Leis
Maurício Teixeira Desiderio
Cláudio França Loureiro

Filipe Fonteles Cabral
Rafael Dias de Lima
Bruno Lopes Hoffinger
Luciana Gonçalves Bassani
Marcelo Mazzola
Marc Hargen Ehlers
Rodrigo de Assis Torres
Carlos Eduardo Elizário de Lima
Volkhart Hanewald
Roberta de Magalhães Fonteles Cabral
Gustavo Piva de Andrade
Rafael Atab de Araujo
Maria Isabel C. C. Bingemer
Saulo Murari Calazans
Roberto da Silveira Torres Jr.
Roberta X. da S. Calazans
Felipe Dannemann Lundgren
Ana Carolina Lee Barbosa
Giselle da Silveira Mauricio
Sydinea de Souza Trindade
Adriana Diogo de Ipanema Moreira
Ana Sylvia Batista Coelho Alves
Luiz Augusto Lopes Paulino
Andrea de Menezes Carrasco
Catarina Oliveira de Araujo Costa Braga
Marcelo Neumann Moreiras Pessoa

Patricia Shima
André Zimerfogel
Fernanda Salomão Mascarenhas
Tatiana Campos Matos
Marcelo Toledo de Camargo
Daniel Ávila Failla
João Vicente Corrêa Marques Pinto
Fernanda Souto Pacheco
Mariana Reis Abenza
Adriana Vela Gonzales
Camila Carreira Pinhas
Rodrigo Augusto Oliveira Rocci
Rui F. C. de Almeida Prado Jr.
Natalia Barzilai
Fernando de Assis Torres
Guilherme Adriano da Fonseca Ferreira
Nathalia Ferreira Ribeiro da Silva
Caio Ribeiro Bueno Brandão
Thais de Kássia Rodrigues de Almeida
Carlos Pinheiro-Torres
Felipe Pereira Toscano
Sílvia de Castro Pereira Nunes
Bianca Rodrigues Toledo
Juliana Leite de Araújo
Fabiana Marques Lima Ramos
Fernando Eduardo Casares Teixeira

Gabriela Junqueira dos Santos
Clarisse Alberto Beraldi
Clarice Lemos Fernandes Wanderley
Ivan Fernandes de Cunha
Walter Basilio Bacco Junior
Vanessa da Silva Ferro
Ricardo Alves Junqueira Pentead
Priscila Monclar Araujo Almeida
Eduardo Zacaron Navarro
Caio Richa de Ribeiro
Vanessa Oliveira da Silva
Eugenia Namezio Schöntag
Bruno Torres Homem Camacho
Renato Venturini Matrangolo
Victor Taddeucci de Araujo
William Moreira Maços
Bruno Martins Caliman
Derien Christofolletti
Daniella Singer
Lucas Lima Ribeiro
Gabriel Saldanha de Paiva
Vivian Froes Fiuza Rodrigues
Felliphe Pereira dos Santos
Paula C. de M. T. Margarido

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processo nº 1015328-03.2014.8.26.0053

ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI, nos autos da ação anulatória, que, perante esse MM. Juízo, move em face de **PROCON/SP – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR e OUTRO**, vem, por seus advogados abaixo assinados, em atendimento ao r. despacho de fls. 996 disponibilizado no Diário de Justiça eletrônico no dia 04.07.2014, apresentar sua

RÉPLICA

às alegações do Réu, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I – TEMPESTIVIDADE

1. O r. despacho que intimou a Autora a apresentar sua réplica foi disponibilizado no DJe do dia 04.05.2014 (sexta-feira), tendo ocorrido a publicação no primeiro dia útil posterior, qual seja, 07.07.2014 (segunda-feira). Sendo o prazo de 5 (cinco) dias para a manifestação sobre contestação e documentos, é inequivocamente tempestiva a Réplica apresentada nesta data.

II – DA FRAGILIDADE DOS ARGUMENTOS DE DEFESA

2. A Autora ajuizou a presente ação visando a anular o ato administrativo do PROCON, constituído no Auto de Infração nº 5466, que considerou abusiva a publicidade praticada pela Autora na campanha “Que bicho é esse?” da rede Habib’s, fundamentando a condenação ao pagamento de multa no exorbitante valor de R\$ 2.408.240,00 (dois milhões quatrocentos e oito mil duzentos e quarenta reais), promovendo a inscrição da multa na Dívida Ativa do Estado de São Paulo, eis que ausente qualquer abusividade ou ilegalidade na conduta da Autora.
3. Conforme amplamente destacado na petição inicial as premissas de fato e de direito do referido auto de infração estão equivocadas, razão pela qual deve ser anulado o ato e a multa administrativa ora impugnada, sendo desde já suspensa a sua exigibilidade.
4. A campanha “**QUE BICHO É ESSE?**”, **destinava-se a distribuição de coleção de livros infantis sobre animais de nossa fauna, acompanhados de brinquedos articulados de cada um dos bichinhos mencionados nos livros da coleção, possibilitando, assim, intervenção lúdica entre os pais e as crianças durante a leitura das obras.**
5. Além disso, a campanha, veiculada em 2010, tratou-se de uma das maiores distribuições privada de livros infantis em nossa história e visava a **fomentar**

valores como a leitura, a interação entre pais e filhos e o respeito ao meio ambiente.

6. Ademais, os livros e brinquedos articulados eram oferecidos em conjunto com alimentos de qualidade, entre os mais saudáveis do mercado de alimentos fast-food, com sucos de fruta e esfihas de espinafre, frango com tomate, minas frescal e carne com cebola e tomate.
7. Todas as normas então em vigor para publicidade infantil, assim como as diretrizes então vigentes para o oferecimento de brindes com lanches infantis, foram devidamente respeitadas, como por exemplo, a possibilidade de compra do brinde desvinculada do lanche.
8. **Não há dúvida, portanto, de que a Autora não cometeu qualquer ilicitude ao promover a campanha “QUE BICHO É ESSE?” e que a multa aplicada pelo PROCON à Autora é confiscatória e desproporcional.**
9. Assim, diante da legitimidade do direito da Autora, foi deferida por este MM. Juízo, às fls. 351/352, a liminar pretendida nos seguintes termos:

“Do exame MATERIAL, em primeiro plano, vislumbro que a campanha publicitária “QUE BICHO É ESSE?” não ultrapassou os limites da legalidade e da livre concorrência. Trata-se de campanha lúdica que visa atingir as crianças, sem que se verifique excesso de qualquer espécie, aliás, ao contrário, tema próprio do universo infantil apoiado de forma educativa. Em rápida leitura o que se verifica na conduta é campanha e o oferecimento de brinde em forma de livro, o que não podem ser considerado em uma sociedade séria algo propriamente nocivo. **De outro vértice, a princípio não se verifica que referida campanha ofenda aos direitos ou interesses das crianças, por desrespeito à dignidade humana ou então indução à comportamentos prejudiciais à saúde por exploração da capacidade de discernimento ainda em desenvolvimento ou mesmo da inexperiência, supostamente nos moldes do disposto no artigo 37, §2º do CDC.** Pelo contrário, aparenta despertar a curiosidade, incentivando, desde cedo, o conhecimento e a leitura - quero crer umas das bases para a formação educacional das pessoas -, não trazendo em seu bojo qualquer conteúdo nocivo ao público infantil, nem se valendo de forma inescrupulosa das condições dos pequenos

consumidores. Ainda nesse enfoque, não parece possível compreender que tema voltado ao meio ambiente, conhecimento dos animais, nos moldes aqui constatados, seja de alguma forma contrário aos bons costumes. Aliás, quem dera todos os brindes acrescentassem alguma informação aos consumidores.

Do exame FORMAL, também não vislumbro a dita abusividade. Tudo se discute a partir do oferecimento de brinde que seria do desejo das crianças, o que aparentemente comprometeria o real (des)interesse do pequeno consumidor pelo produto que lhe era concretamente oferecido (Bib's Kids), prática que somente visaria favorecer a autora. Entretanto, o argumento de que os livros podem ser adquiridos independente da refeição esvazia a idéia de publicidade abusiva.

Tal e qual qualquer outro livro que desperte interesse da criança e/ou de seus pais ou responsáveis, pode ser adquirido no mercado de consumo, o que não caracteriza o elo da imposição abusiva da comida supostamente não saudável. Ainda do ponto de vista da publicidade, nem mesmo a campanha em vídeo que apresenta canções e danças devem ser equiparadas a abusos.

Aos olhos do Juízo é mera representação que evidentemente tenta despertar interesse e atenção. Não pode ser diferente. Respeitados os limites da proporcionalidade e da razoabilidade, inexistente comportamento nas canções e nas danças que se afigure lesivo. Aliás, não se pode crer que a publicidade para quem quer que seja deva necessariamente ser tediosa, pois se perde a própria essência do objetivo que é justamente chamar uma boa atenção.”

10. Registre-se que os Réus não recorreram da r. decisão liminar, que permanece em vigor.
11. O PROCON/SP apresentou sua defesa às fls. 372/411, alegando, em síntese, a sua legitimidade para aplicar a multa discutida, a abusividade e ilegalidade da campanha publicitária da Autora, além da proporcionalidade da multa arbitrada.
12. Entretanto, em que pesem as alegações apresentadas, não há dúvida de que a campanha publicitária da Autora foi absolutamente legítima e respeitadora de todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, não havendo qualquer razão para a aplicação da multa arbitrada pelo PROCON, muito menos no valor exorbitante de R\$ 2.408.240,00 (dois milhões quatrocentos e oito mil duzentos e quarenta reais).

13. Também restou claramente comprovada a desproporcionalidade da multa multimilionária aplicada pelo PROCON, não sendo apresentada em defesa qualquer justificativa legítima para o elevadíssimo valor da sanção arbitrada pelo 1º Réu.
14. De fato, como será detalhadamente demonstrado a seguir, a defesa apresentada é genérica e não abala os robustos argumentos e provas carreados na inicial. A contestação ora impugnada, inclusive, apresenta argumentos completamente estranhos à lide, o que demonstra a fragilidade das alegações do PROCON para sustentar a ilegal sanção aplicada à Autora, sendo nítida a necessidade de provimento da presente ação anulatória.

III – DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA AUTORA QUANTO À LEGITIMIDADE DO PROCON/SP PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES – QUESTÃO ESTRANHA À LIDE

15. Conforme se observa do conteúdo da defesa do 1º Réu, não há dúvida de que a peça de bloqueio ora impugnada atacou genericamente a ação ajuizada pela Autora, provavelmente utilizando-se de modelos apresentados em ações análogas a essa, trazendo inclusive matéria não ventilada pela Autora em sua exordial.
16. Desta forma, há que se destacar que a Autora em nenhum momento impugnou a legitimidade do PROCON para a aplicação da sanção discutida. Não há, portanto, qualquer propósito no tópico presente às fls. 373/376, devendo ser de plano afastada a argumentação e provas acerca da competência do PROCON, eis que trata de matéria estranha à lide.

IV – A CAMPANHA “QUE BICHO É ESSE?” NÃO CONFIGURA PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA

17. O 1º Réu alegou em sua defesa genericamente que a campanha publicitária veiculada pela Autora era dirigida ao público infantil e utilizava-se da ausência de

discernimento da criança para promover seu produto, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico pátrio conforme arts. 55 e 56, I e 57 do CDC e art. 5º da CF/88.

18. Ocorre que, conforme bem explorado e comprovado na exordial, a campanha publicitária objeto do auto de infração ora impugnado, não apresentou qualquer dos elementos necessários para a caracterização de propaganda abusiva ou enganosa.
19. A campanha “**QUE BICHO É ESSE?**”, destinava-se a distribuição **de coleção de livros infantis sobre animais de nossa fauna, acompanhados de brinquedos articulados de cada um dos bichinhos mencionados nos livros da coleção, possibilitando, assim, intervenção lúdica entre os pais e as crianças durante a leitura das obras.**
20. O conteúdo didático dos livros é fato indiscutível e não impugnado pelo 1º Réu. Nesse sentido, repise-se todas as manifestações de consumidores, professores e de entidade governamental elogiando a iniciativa da Autora e o conteúdo dos livros formulados para a campanha (fls. 336/346).
21. Todas as normas então em vigor para publicidade infantil, assim como as diretrizes então vigentes para o oferecimento de brindes com lanches infantis, foram devidamente respeitadas, como por exemplo, a possibilidade de compra do brinde desvinculada do lanche.
22. **E o PROCON não logrou demonstrar em sua contestação qualquer violação das normas ou legislação** relativas à matéria. O 1º Réu simplesmente alega, com base em seu entendimento particular e no posicionamento ideológico que adota, que toda publicidade dirigida ao público infantil seria abusiva e que, em razão disso, a exorbitante sanção imposta à Autora seria devida, o que não se pode admitir.

-
23. No caso concreto, há várias circunstâncias que comprovam a diligência e o cuidado da Autora no desenvolvimento da promoção “**Que bicho é esse?**” e que afastam a incidência de qualquer irregularidade na prática da sua atividade comercial.
24. As agências idealizadoras das diversas campanhas do Habib’s sempre observam as disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, submetendo-as ao CONAR, tudo em prol do atendimento dos preceitos legais inerentes e necessários à segurança dos menores.
25. Assim, de forma alguma é possível atribuir à campanha de publicidade utilizada pelo HABIB’S qualquer tipo de coação, indução ou mandamento, impositivo à criança ou aos seus responsáveis, para aquisição do lanche e/ou dos brindes oferecidos, já que sempre observa estritamente as mais rigorosas normas da boa prática de propaganda, em perfeita consonância com a legislação consumerista, de proteção à criança e adolescente, e, ainda, aquelas decorrentes do Código do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (**CONAR**).
26. Em que pese o ataque gratuito ao CONAR realizado pelo 1º Réu, certo é que se trata de instituto idôneo e respeitado que representa a sociedade civil e busca regulamentar as práticas da boa propaganda.
27. Como mencionado pelo próprio 1º Réu, a campanha publicitária em discussão foi devidamente submetida para análise do CONAR e foram atendidas todas as solicitações realizadas a fim de adequar a campanha ao ordenamento jurídico pátrio.
28. É importante ter em mente que, ao contrário do mencionado na contestação, a publicidade destinada a produtos infantis não pode ser qualificada como publicidade abusiva por si mesma, de forma automática e sem análise quanto ao seu conteúdo.
-

29. Além de versar sobre o universo infantil, para que a publicidade seja considerada abusiva, esta deverá apresentar violações a ética, a moralidade, aos bons costumes, aos princípios gerais do direito e aos mais altos valores sociais, conforme expressa disposição do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.
30. No caso em análise, **não é possível compatibilizar a campanha desenvolvida pela Autora com a definição de publicidade abusiva por utilização da inocência infantil. Afinal, os produtos ofertados (livros e brinquedos de corda) estimulavam o ensino, a interação do público infantil com seus pais, fazendo da brincadeira um método de aprendizado.**
31. Note-se que em atendimento as normas consumeristas e respeitando a capacidade de discernimento do público infantil, a campanha “Que bicho é esse?” em momento algum utilizou linguagem imperativa ou direcionou o vídeo da campanha diretamente às crianças. Toda a linguagem do vídeo é direcionada aos pais, conforme se observa pela expressão extraída do vídeo da campanha “São diversos bichinhos para o seu filho brincar”.
32. Vejamos a transcrição do vídeo produzido para a campanha¹:

Música: “Era uma vez uma turma muito doida
que chegou no Habib’s com a corda toda
Histórias divertidas, com muita confusão
Tem siri, lagarta e bichinhos de montão
Não é papo de pelicano
A dona abelha entrou pelo cano
Até o jabuti que é lento e devagar apertou o passo para se aventurar
Você e o seu filho vão sorrir e pedir bis
Pedir mais uma história com final feliz”

Narrador: “Kit Habib’s Que Bicho é Esse, cada bichinho vem com um livro de histórias para você e seu filho brincarem. Habib’s feliz.”

33. A mencionada sensação de “felicidade” trazida pela campanha e alegada pelo 1º Réu como a grande causa da abusividade da campanha traduz-se apenas em um

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=kCXkpKAZMFk>

dos pilares da Autora que busca a absoluta satisfação de seus clientes e é parte integrante dos *slogans* da Rede (na época da campanha guerreada: “Habib’s feliz”, atualmente: “Habib’s é muito mais”). Não há qualquer ilegalidade ou abuso no uso da expressão “feliz” na campanha, até mesmo porque não foi usada com o intuito de atrair o público infantil, mas como parte da identidade corporativa da Rede.

34. O 1º Réu tenta de qualquer maneira caracterizar uma abusividade que claramente não existe, chegando ao ponto de mencionar que não há qualquer menção aos livros que viriam de brinde junto com o lanche.
35. Ora Exa., o vídeo se inicia com a professora lendo os livros para um grupo de crianças sentadas ao seu redor. Durante todo o vídeo as crianças estão interagindo com seus amigos e os bichinhos da natureza. A publicidade termina com o pai sentado no banco em um jardim embaixo de uma árvore – *com o livro nas mãos* – lendo as histórias para seu filho. A música e o texto lido pelo narrador fazem menção expressa às “histórias” e aos “livros”.
36. Na caixinha do Kit Habib’s aparece em evidência um sapo lendo o livro e os dizeres: “LEITURA É O BICHO”, como pode ser verificado pela figura abaixo:



37. Assim, resta clara a intenção educativa da campanha disponibilizada, não havendo qualquer abusividade da conduta da parte Autora, conforme muito bem reconhecido por este MM. Juízo na liminar deferida:

“De outro vértice, a princípio não se verifica que referida campanha ofenda aos direitos ou interesses das crianças, por desrespeito à dignidade humana ou então indução à comportamentos prejudiciais à saúde por exploração da capacidade de discernimento ainda em desenvolvimento ou mesmo da inexperiência, supostamente nos moldes do disposto no artigo 37, §2º do CDC. Pelo contrário, aparenta despertar a curiosidade, incentivando, desde cedo, o conhecimento e a leitura - quero crer umas das bases para a formação educacional das pessoas -, não trazendo em seu bojo qualquer conteúdo nocivo ao público infantil, nem se valendo de forma inescrupulosa das condições dos pequenos consumidores. Ainda nesse enfoque, não parece possível compreender que tema voltado ao meio ambiente, conhecimento dos animais, nos moldes aqui constatados, seja de alguma forma contrário aos bons costumes. Aliás, quem dera todos os brindes acrescentassem alguma informação aos consumidores.”

38. Certo é que o 1º Réu filia-se à campanha de afastar *fast-food* do público infantil e tenta de todas as formas atacar a Autora simplesmente em razão do seguimento de atuação da rede Habib's. E o posicionamento político-ideológico a que se filia o Réu não é razão de direito que justifique a sanção que pretende impor à Autora.
39. **Não há qualquer base jurídica nas razões do 1º Réu. A peça de bloqueio foi recheada por supostos estudos e campanhas desenvolvidas em alguns lugares do mundo com claro intuito de jogar uma cortina de fumaça sobre a realidade: INEXISTE VEDAÇÃO LEGAL À VEICULAÇÃO DE CAMPANHA PUBLICITÁRIA DE PRODUTOS PARA CRIANÇA.**

V – DA QUALIDADE DOS PRODUTOS DO “KIT HABIB’S”: INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE A COMPRA DO LANCHE E DO BRINQUEDO

40. Cabe destacar, ainda, que o 1º Réu tenta vincular a alegada abusividade da campanha publicitária “Que bicho é esse?” ao fato dos alimentos fornecidos no Kit Habib's supostamente não serem saudáveis, o que estimularia o consumismo e a obesidade infantil.

-
41. Ocorre que, ao contrário do que tenta fazer crer o 1º Réu, os brindes que acompanham as promoções do KIT HABIB'S podem ser adquiridos separadamente pelo cliente, não havendo qualquer vinculação entre a venda do lanche e do respectivo brinde, no caso da campanha sob exame, livros e bichinhos de corda.
42. Caso a família entendesse que o alimento não era adequado para o consumo da criança, poderia simplesmente obter o livro e o respectivo brinquedo separadamente, em qualquer unidade da rede Habib's.
43. Assim, inexistente qualquer razão para se vincular a aquisição dos brindes com o consumo excessivo de alimentos *fast-food*.
44. Como se não bastasse a ausência de substrato legal que sustente a sanção aplicada pelo PROCON, em momento algum foram observadas as características nutricionais dos produtos comercializados pela Autora em seu combo infantil "Kit HABIB'S" – composto de suco natural de frutas; 2 Bib'sfilhas ou Bib's Dog, e batata frita.
45. Ou seja, o PROCON ignorou que os alimentos comercializados pela Autora ao público infantil estão entre os mais saudáveis do mercado de alimentos *fast-food*, preparados por especialistas para oferecer alimentos balanceados e nutritivos.
46. Combinado aos sucos, é oferecido ao público infantil esfihas, que podem ser escolhidas com 04 (quatro) recheios: (i) carne com cebola e tomate; (ii) frango com tomate; (iii) queijo tipo minas frescal, com praticamente zero de gordura, e; (iv) espinafre.
47. Note-se que o 1º Réu traz diversas alegações sobre as campanhas que desestimulam a venda de refrigerantes às crianças sem observar que o "Kit Habib's" é composto por suco de frutas e não por refrigerante.
-

48. **De forma alguma os produtos alimentícios fornecidos pela Autora podem ser qualificados como produtos pouco saudáveis e propensos a induzir a criação de maus hábitos alimentares.**

49. Por fim, cumpre repisar que não há absolutamente nenhum regulamento que preveja ou autorize a restrição à publicidade dos produtos alimentícios comercializados pela Autora.

VI – DO CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA DA AUTORA

50. Conforme demonstrado na peça exordial, antes mesmo de ser aberto qualquer direito à ampla defesa e ao contraditório, foi aplicada sanção de multa no absurdo valor de R\$ 2.408.240,00 (dois milhões quatrocentos e oito mil duzentos e quarenta reais).

51. Em que pesem as alegações do 1º Réu de que o valor trazido no auto de infração é meramente exemplificativo, podendo ser alterado no curso do processo administrativo, tal fato não traduz a realidade de que a multa é arbitrada antes mesmo que as partes possam exercer o seu direito o contraditório, tanto é que mesmo diante dos inúmeros argumentos apresentados pela Autora que comprovavam a ausência de abusividade da campanha publicitária, a multa foi mantida em valor idêntico ao arbitrado inicialmente.

52. Assim, não há dúvida de que a aplicação de sanção antes mesmo da defesa da Autora configura flagrante desrespeito ao direito do contraditório e da ampla defesa.

VII – DA MULTA APLICADA EM VALOR EXORBITANTE: MANIFESTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

53. O 1º Réu tentou justificar o cálculo utilizado para se chegar ao valor da multa aplicada, afirmando que agiu no exercício de seu poder de polícia e que a multa

tem por objetivo causar ressentimento financeiro. Não conseguiu o 1º Réu, contudo, demonstrar qualquer razoabilidade ou proporcionalidade na multimilionária multa aplicada, nem tampouco afastar o caráter confiscatório da sanção.

54. Fato é que a multa aplicada no valor de **R\$ 2.408.240,00 (dois milhões quatrocentos e oito mil duzentos e quarenta reais)**, por suposta prática de propaganda abusiva, além de ser confiscatória, afronta o princípio da razoabilidade, que, segundo a melhor doutrina, desdobra-se em vários sentidos: (i) como equidade – quando exige a harmonização da norma geral com o caso individual;² (ii) como congruência – quando exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação;³ e (iii) como equivalência – quando exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.⁴
55. Diante desses conceitos, a Autora admite que, no plano abstrato, a aplicação da multa pode até ser considerada como medida razoável para garantir o respeito às normas do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, no caso concreto, o critério para fixação da multa aplicada à Autora carece de razoabilidade, pois a linda campanha publicitária “**Que bicho é esse?**” não possui qualquer característica abusiva capaz de justificar a aplicação de multa em patamar superior a 2 (dois) milhões de reais.
56. **Logo, se a gravidade da conduta da Autora não é significativa, a aplicação de multa elevada ofende o princípio da razoabilidade em razão do critério mal empregado pelo agente da Administração Pública.**
57. Note-se que o STJ em ação contra empresa de plano de saúde arbitrou como indenização por danos morais à família de vítima que veio a falecer após negativa

² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p.103.

³ Ibidem, p. 106.

⁴ Ibidem, p. 109.

de procedimento cirúrgico o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para cada filho da vítima:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COOPERATIVA DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE URGÊNCIA. MORTE DA VÍTIMA. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. REVISÃO DO VALOR.

1. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo enunciado 7 da Súmula do STJ.

2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(...)

No que tange ao valor da verba indenizatória por dano moral, é certo que o Superior Tribunal de Justiça considera excepcionalmente cabível, em recurso especial, o reexame do valor arbitrado a título de danos morais, quando for ele excessivo ou irrisório (AgRg no REsp 959.712/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 30.11.2009 e AgRg no Ag 939.482/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJe de 20.10.2008, entre outros).

No caso em exame, o Tribunal estadual condenou a agravante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para cada agravado, totalizando R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), em razão de o evento lesivo ter contribuído para o falecimento da vítima, mãe dos recorridos, tendo em vista que a transferência hospitalar era de urgência, conforme solicitado pelo médico que atendeu a vítima e o meio adequado para tal seria por transporte aéreo, mas o procedimento de traslado foi negado pela recorrente. Em casos análogos, a jurisprudência do STJ tem fixado como indenização de dano moral em caso de morte o valor em moeda corrente situado por volta de até 500 salários mínimos (cf. entre outros, REsp 1.021.986/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 27.04.2009; REsp 959.780/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 06.05.2011; REsp 731.527/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe de 17.08.2009)”

58. Embora os temas sejam díspares, não há dúvida de que o dano moral possui caráter punitivo a fim de desencorajar condutas análogas, muito se assemelhando ao intuito da sanção administrativa, como afirma o próprio PROCON ao indicar que a multa visa a demover o infrator de praticar novas infrações.

59. Assim, se uma operadora de plano de saúde é condenada em R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) após uma negativa equivocada de procedimento que culminou com a morte de sua associada, não parece razoável que a Autora seja condenada em mais de 2 (dois) milhões de reais simplesmente por divulgar campanha publicitária lúdica que incentivava o hábito da leitura nas crianças.
60. **Assim, não restam dúvidas, Exa., que a cobrança da multa ora questionada é inconstitucional e ilegal por violar o princípios da legalidade e razoabilidade.**
61. A penalidade aplicada à Autora carece ainda de proporcionalidade em sentido estrito, pois, conforme já mencionado, a publicidade veiculada não trouxe qualquer prejuízo ao público infantil, tendo sido objeto de ação do próprio Estado junto às escolas estaduais, sendo a multa aplicada totalmente injustificável à luz do princípio da proporcionalidade.
62. Por fim, quanto a afirmativa de que a reforma da multa afrontaria o princípio da separação de poderes, cumpre lembrar ao 1º Réu que os atos administrativos são sujeitos ao controle do Poder Judiciário, cabendo sua anulação e reforma uma vez verificada ilegalidade, que é justamente o que ocorre no caso sob exame.

VIII – IMPUGNAÇÃO AOS DOCUMENTOS

63. Por derradeiro, em atenção ao Princípio da Eventualidade, cumpre à Autora impugnar os documentos acostados pelo 1º Réu em sua contestação, consubstanciado na cópia integral do processo administrativo oriundo do Auto de Infração ora impugnado.
64. Nesse sentido, verifica-se que a petição inicial já traz a impugnação específica a todas as teses apresentadas, bem como as petições apresentadas nos autos do processo administrativo.

65. Ademais, todas as matérias jornalísticas acostadas ao processo administrativo só corroboram o fato de que o 1º Réu não analisou especificamente o caso dos autos aplicando sanção administrativa baseada em alegações genéricas formuladas pelo Instituto Alana para atacar todas as redes de fast-food.
66. Além disso, as pesquisas realizadas pelo Cartoon Network e Nickeloden tem o claro objetivo de demonstrar aos seus anunciantes o alcance que uma campanha publicitária em sua rede pode obter, tendo claro intuito de atrair anunciantes.
67. Ainda assim, não se pode alicerçar a defesa com base no “fator amolação”, de que as crianças influenciam seus pais na compra dos alimentos que pretendem consumir, uma vez que é dever dos pais ou responsáveis a escolha da alimentação que será destinada aos seus filhos.
68. Tal alegação vai de encontro ao mencionado pelo próprio PROCON às fls. 390 quando menciona que *“toda a estratégia de marketing não teria sido desenvolvida de forma a se dirigir ao público infantil, mas somente aos adultos, até mesmo porque a escolha dos alimentos consumidos pelas crianças cabe aos pais ou responsáveis, e não a elas próprias.”*
69. Por fim, as reclamações retiradas do site “Reclame Aqui” demonstram que a rede sempre responde os seus consumidores e soluciona todos os eventuais problemas ocorridos.
70. Deste modo, restam impugnados todos os documentos apresentados, que apenas ratificam as razões apresentadas pela Autora.

IX – CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de todo o exposto, tem-se que a defesa apresentada não macula e nem retira a força da tese autoral, que já se encontra muito bem alicerçada nos autos, tendo sido inclusive deferido por este MM. Juízo o pedido liminar pleiteado pela Autora.

De toda sorte, a Autora tratou de impugnar cada um dos argumentos lançados pelo 1º Réu.

Reiterando o que já consta do pedido inicial, são essas as razões pelas quais a Autora, confiando nos áureos e doutos complementos de V. Exa., espera e requer sejam julgados procedentes os pedidos autorais, confirmando-se, inclusive, a medida liminar já concedida.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 14 de julho de 2014.

Adriana Vela Gonzales
OAB/SP – 287.361

Gabriela Junqueira dos Santos
OAB/SP – 319.132