DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

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 n.º 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**, tendo tomado conhecimento da decisão dos embargos de declaração de fls. 1398/1400, publicada no DJE do dia 10/05/2019, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo 1.010 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor o presente recurso de

APELAÇÃO CÍVEL

de conformidade com as razões em anexo, requerendo juntada, processamento e remessa ao Egrégio Tribunal *ad quem*.

Rua Marquês de Olinda, 70 / Parte 22251-040 **RIO DE JANEIRO** RJ Tel. 21 2237 8700 Fax 21 2237 8922
Av. Indianópolis, 739 04063-000 **SÃO PAULO** SP Tel. 11 2155 9500
SHS, Quadra 6, Conjunto A, Bloco A, sala 809 – Complexo Brasil 21 - Asa Sul 70316-102 **BRASÍLIA** DF Tel. 61 3433 6694 Fax 61 3433 6695

ws/

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

Em atendimento ao art. 1.007 do CPC, requer a Apelante a juntada da inclusa guia comprobatória do pagamento das respectivas custas recursais.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 29 de maio de 2019.

Adriana Vela Popoutchi
OAB/SP – 287.361

Igor Manzan
OAB/SP – 402.131

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

RAZÕES DA APELANTE

Apelante: **ALSARAIVA COMÉRCIO, EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI**

Apelada: PROCON/SP – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR.

I – TEMPESTIVIDADE

1. Tendo em vista que a decisão dos embargos de declaração opostos em face da r. sentença foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 09/05/2019 (quinta-feira), com publicação considerada no dia 10/05/2019 (sexta-feira)(fls. 1405), tem-se que o prazo de 15 (quinze) dias úteis para interposição do presente recurso, a teor do que dispõe os artigos 219 e 1.003 do Código de Processo Civil, começou a fluir 13/05/2019 (segunda-feira) e finda no dia 31/05/2019 (sexta-feira). Dessa forma, a interposição do presente recurso nesta data é inequivocamente tempestiva.

II – BREVE SÍNTESE DA LIDE
MULTA MILIONÁRIA APLICADA À CAMPANHA PUBLICITÁRIA DE CUNHO EDUCATIVO

2. Trata-se de ação anulatória de ato administrativo e inscrição da dívida com pedido de tutela antecipada, decorrente do Auto de Infração nº 5466 lavrado pelo PROCON (fls. 58/59), que considerou abusiva a publicidade praticada pela Alsaraiva, ora Apelante, na campanha "**"QUE BICHO É ESSE?"** da Rede Habib's, aplicando **MULTA QUE PERFAZ ATUALMENTE O ABSURDO VALOR DE R$6.748.200,00 (SEIS MILHÕES SETECENTOS E QUARENTA E OITO MIL E DUZENTOS REAIS).**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

3. Além de violar flagrantemente o direito de publicidade da Alsaraiva e a livre iniciativa, a supracitada multa criou norma proibitiva inexistente na legislação vigente em nosso país. Ignorando, ainda, o caráter educacional da campanha e as regras do Código de Defesa do Consumidor.

4. Conforme devidamente demonstrado ao juízo *a quo*, a campanha que ensejou a autuação do Auto de Infração nº 5466 foi veiculada em 2010 e destinava-se à distribuição de **livros infantis sobre animais da fauna brasileira (fls. 61/284), que vinham 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.**

5. Para tanto, foi contratada equipe especializada na criação de material literário com redação acessível ao público infantil, que, por meio de ilustrações, com estética agradável e envolvente, pudesse gerar o interesse infantil pela leitura e pelo aprendizado.

6. **Assim, foram criados 16 (dezesseis) livros temas, cada qual destinado a um bicho diferente, nos quais eram narrados seus hábitos alimentares, habitat natural, ciclo de vida e outras informações pertinentes a cada espécie.**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

7. Juntamente aos livros, foram oferecidos 16 (dezesseis) bichinhos articulados, em referência ao livro escolhido. Tais brinquedos reproduziam os movimentos típicos de cada espécie e possuíam articulações automáticas, acionadas por corda, o que permitia às crianças observarem como os animais agem no mundo real.

8. **Conforme restou devidamente comprovado pelo laudo pericial de fls. 1317/1331, a qualidade dos livros oferecidos e a correção da campanha publicitária são inegáveis. Tal conclusão pode ser verificada pela reação de educadores, de entidades da sociedade civil e até mesmo do Governo Federal, tendo em vista o pedido da EMBRAPA de doação de 2.000 livros para aplicação em programas de incentivo ao estudo de ciências (fls.336/339).**

9. **A campanha "QUE BICHO É ESSE?", portanto, era peculiar, completamente diferente das demais promoções realizadas por redes de *fast-food* em que brindes são entregues com lanche infantil. A campanha estimulava a leitura e tinha conteúdo educacional, tornando divertido o ato de aprender.**

10. 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, esfihas assadas e pequena porção de batata frita.

11. **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.**

12. A Alsaraiva demonstrou ao juízo *a quo* que, na publicidade veiculada em sua campanha não existiu qualquer abusividade, **não sendo possível compatibilizar a campanha desenvolvida com a definição de publicidade abusiva por utilização da inocência infantil. Afinal, inexistia discriminação ou incitação à violência, exploração de medo ou desrespeito aos valores ambientais,**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

indução da criança a comportamento adulto ou aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança, na medida em que os produtos ofertados estimulavam o ensino, a interação do público infantil com seus pais, fazendo da brincadeira um método de aprendizado.

13. Não é demais enfatizar que, diante das provas carreadas aos autos, o magistrado *a quo* deferiu brilhantemente a tutela pretendida, no sentido de suspender os efeitos e a exigibilidade do Auto de Infração, conforme decisão de fls. 348/351.

14. **Entretanto, em que pese a única prova produzida nos autos, após o deferimento da cautelar, ter sido o laudo pericial confirmando a inexistência de qualquer ilicitude na campanha publicitária, a Apelante foi surpreendida com a prematura sentença de fls. 1355/1368, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.**

15. Nos fundamentos de sua sentença, o MM. Juízo a *quo*, **divergindo completamente de suas próprias razões iniciais, constantes da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, bem como do laudo pericial**, entendeu que a propaganda seria abusiva por dar ênfase ao brinquedo recebido na compra do lanche.

16. Em razão das omissões e das obscuridades constantes da sentença ora recorrida, a Apelante opôs Embargos de Declaração (fls. 1370/1376), apontando: ***(a)*** obscuridade nas informações prestadas no relatório da r. sentença, em razão da prolação de sentença antes da realização de todas as provas requeridas e ausência de intimação das partes para ciência quanto ao encerramento da fase instrutória e ***(b)*** inclusão de fundamentos estranhos à lide. Também apontou a existência de omissão quanto aos argumentos apresentados na inicial para redução da multa.

17. Contudo, os embargos foram desacolhidos, conforme decisão de fls. 1398/1400, sob o pálido argumento de que o magistrado é o destinatário da prova, cabendo

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

encerrar a instrução processual quando entender necessário, bem como pela suposta fundamentação adequada presente na r. sentença que só poderia ser alterada através do recurso próprio.

18. Assim, inconformada com a r. sentença de fls. 1355/1368, complementada pela decisão dos embargos de declaração de fls. 1398/144, a ora Apelante interpõe o presente Recurso de Apelação para a reforma total da r. sentença.

III – PRELIMINARMENTE

NULIDADE POR DECISÃO SURPRESA E CERCEAMENTO DE DEFESA: A SENTENÇA FOI PROFERIDA IGNORANDO O PEDIDO DE PROVA PERICIAL NUTRICIONAL

VIOLAÇÃO AOS ARTS. 6º, 10, 357, I, II, IV E V E 369 DO CPC, E ART. 5º, LV, CF.

19. Como pode ser observado pela leitura da r. sentença embargada, esse MM. Juízo indicou no relatório que, após a determinação de produção de prova pericial, a Apelante foi indagada sobre as outras provas que pretendia produzir, tendo apontado o interesse na realização da prova pericial pedagógica, que foi deferida:

> O Juízo determinou a produção de prova pericial (fls. 1184/1185). Entretanto, a perita judicial não logrou contato, ensejando sua destituição. O Juízo indagou a parte autora sobre quais outras provas pretendia produzir (fls. 1269). A parte autora apontou que possui interesse na produção de prova pericial pedagógica (fls. 1271/1272). O Juízo, mais uma vez, determinou a produção de prova pericial (fls. 1273).

20. Contudo, *permissa venia*, o relatório não refletiu os fatos ocorridos nos autos no que tange às provas requeridas e o desenrolar da fase de instrução, conforme demonstrado a seguir.

21. Às fls. 1023/1025 a Apelante peticionou aos autos requerendo a produção de (i) **prova pericial pedagógica e educacional**, com escopo de demonstrar adequação

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

e contribuição dos brindes oferecidos para o desenvolvimento intelectual das crianças; (ii) **prova pericial nutricional**, a fim de confirmar a qualidade nutricional dos alimentos que compõem o Kit Habib's; (iii) prova testemunhal; e (iv) prova documental suplementar.

22. Diante de tais pedidos de provas, este MM. Juízo, às fls. 1269, **intimou a Apelante para INFORMAR QUAL PERÍCIA PRETENDIA PRODUZIR PRIMEIRO**, *in verbis*:

> No mais, considerando-se que a perita não respondeu às intimações do juízo (fls. 1184/1185), **destituo a psicóloga Sandra Maria Cavalcanti**. Em cinco dias, informe a autora, ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI, qual a perícia pretende produzir primeiro, considerando-se sua manifestação de fls. 1023/1025, bem como qual a área de especialização do perito que entende apto a produção satisfatória dos trabalhos.
>
> Após, conclusos.
>
> Int.

23. Em resposta à referida intimação, a Apelante peticionou às fls. 1271/1272 requerendo "***que o início da fase pericial se dê com a produção de prova pericial pedagógica e educacional***", senão vejamos:

> Em razão da relevância e do impacto direto na resolução da presente ação, requer-se que o início da fase pericial se dê com a produção de **prova pericial pedagógica e**
>
> Rua Marquês de Olinda, 70 / Parte 22251-040 **RIO DE JANEIRO** RJ Tel. 21 2237 8700 Fax 21 2237 8922
> Av. Indianópolis, 757 04063-000 **SÃO PAULO** SP Tel. 11 2155 9500 Fax 11 5549 2300
> SCS, Quadra 1, Bloco H, nº 30 , 3º andar - Asa Sul - Edifício Morro Vermelho 70399-900 **BRASÍLIA** DF Tel. 61 3433 6694 Fax 61 3433 6695
>
> ws/ 1

> fls. 1272
>
> DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS
>
> **educacional**, a qual tem como escopo demonstrar a adequação e contribuição dos brindes oferecidos pela Autora para o desenvolvimento intelectual das crianças por meio da leitura de livros didaticamente adequados e a interação positiva das crianças e os pais entre os livros e os bonecos interativos com o processo de leitura.

24. Portanto, observa-se dos autos que (i) foi requerida a realização de duas perícias, uma com conteúdo pedagógico e outra com conteúdo nutricional; (ii) esse MM. Juízo intimou a Apelante para informar qual perícia pretendia produzir primeiro,

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.
Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MARTINS CLEMENCIO DI
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 2DD3076.
Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

indicando que ambas seriam realizadas durante a fase instrutória; (iii) a Apelante peticionou apontando, claramente, que pretendida iniciar a prova pericial com a perícia pedagógica.

25. Entretanto, em que pese o pedido de prova pericial nutricional pela Apelante e a clara indicação do MM. Juízo *a quo* de que ambas as provas seriam produzidas, a r. sentença ora recorrida foi proferida imediatamente após a realização da perícia pedagógica, sem ao menos intimar as partes sobre o encerramento da fase instrutória.

26. **Vale destacar que a prova pericial nutricional demonstrava-se de fundamental relevância para resolução da lide, até porque o fundamento principal apresentado na r. sentença para a manutenção da multa aplicada pelo Apelado, bem como o próprio fundamento do auto de infração que se pretende a anulação, é a relação entre a campanha publicitária e o incentivo à ingestão de alimentos teoricamente não saudáveis.**

27. Importante ressaltar, ainda, que mesmo que o MM. Juízo *a quo* entendesse como desnecessária a produção da referida prova, deveria ter intimado as partes sobre o encerramento da fase de instrução probatória, a fim de evitar a prolação de decisão surpresa, nos termos do art. 10 do CPC.

28. **Não há dúvida de que as decisões proferidas pelo MM. Juízo *a quo* criaram a real expectativa nas partes de que as duas perícias seriam realizadas, razão pela qual a prolação de sentença diretamente ao final da realização da primeira perícia, sem sequer ter intimado as partes do encerramento da fase instrutória e sem intimá-las para apresentar alegações finais, configura decisão surpresa que é vedada pelo nosso ordenamento jurídico.**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

29. Nesse contexto, também é importante destacar que, embora o Juiz possua a prerrogativa de indeferir provas que julgue desnecessárias[1], deverá fazê-lo de forma fundamentada, nos termos do artigo 371 do Código de Processo Civil[2]. E isso não foi realizado nem mesmo em sede de sentença, o que gera a sua flagrante nulidade.

30. Contudo, infelizmente, o MM. Juízo *a quo* optou por não seguir o rito processual adequado, não tendo proferido decisão indeferindo a produção da perícia nutricional ou encerrando a fase instrutória, em uma clara afronta ao contraditório e à ampla defesa, preconizados no artigo 7º do Código de Processo Civil[3] e no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal[4].

31. Tal situação é amplamente reprovada por grandes processualistas, como o i. Des. ALEXANDRE CÂMARA:

> O processo deve ser entendido como procedimento em contraditório. Assim é que, para o Estado Constitucional Brasileiro, a construção da decisão judicial deve dar-se através de um procedimento que se realiza com plena observância de um contraditório efetivo (qualificação do contraditório que se encontra expressa na parte final do art. 7.º). **O princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa**. Em primeiro lugar o contraditório deve ser entendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, **o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e de efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz**. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo

[1] Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

[2] Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

[3] Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, **competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório**.

[4] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo. (...) A decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo. **Qualquer fundamento na decisão precisa ser submetido ao crivo do contraditório, sendo assegurada oportunidade para que as partes se manifestem sobre todo e qualquer possível fundamento**. (...) O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo comparticipativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. Consequência disso é o assim chamado princípio da cooperação, consagrado no art. 6.º: 'Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva'.
>
> (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 10/11).

32. Além disso, independentemente de ter mencionado na sentença que o processo se encontrava maduro para julgamento, é importante destacar que tal análise não deveria ser realizada na sentença, mas na fase de saneamento do processo.

33. **Certamente, tal equívoco ocorreu porque o MM. Juízo *a quo* esqueceu que a Apelante havia requerido a produção de duas perícias distintas, bem como prova testemunhal a fim de comprovar a legalidade da publicidade e qualidade do lanche oferecido.**

34. Portanto, a r. sentença de fls. 1355/1368 deve ser declarada nula por cerceamento de defesa e, consequentemente, os autos devem ser remetidos para o juízo de origem para que seja realizada a prova pericial nutricional que se mostra necessária ao deslinde do processo, na medida em que a r. sentença recorrida fundamentou seu entendimento também na suposta venda de alimentos prejudiciais à saúde de crianças.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

IV – NECESSÁRIA REFORMA DA R. SENTENÇA APELADA

IV.1) INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DA CAMPANHA PROMOCIONAL "QUE BICHO É ESSE?" - NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO

Juiz *a quo* reconhece o caráter educacional da campanha

35. A r. sentença recorrida julgou improcedente os pedidos da Apelante, entendendo válido o auto de infração aplicado pelo Apelado, sob o fundamento que a campanha fazia rápida menção aos alimentos e livros, dando ênfase apenas aos brinquedos.

36. Entretanto, a justificativa apontada pelo MM. Juízo *a quo* não demonstra de que maneira a campanha publicitária em discussão apresentou-se como abusiva, pois não há nos autos, nem foi mencionado na sentença, qualquer evidência que sustente a acusação de abusividade.

37. A representação elaborada pelo Instituto Alana, que deu origem ao auto de infração lavrado contra a Apelante, trazia como fundamento para a sanção a infundada alegação de que a campanha publicitária "Que bicho é esse?" seria capaz de insculpir no público infantil o animus de um consumismo desenfreado, por gerar nas crianças o desejo de obter toda a coleção de brindes oferecidos nas promoções.

38. Ocorre que 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.

39. 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.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

40. **Diante de tais requisitos, não há dúvidas de que não basta o simples fato da publicidade abordar o universo infantil para torná-la abusiva. Se assim fosse, estariam excluídas imediatamente as publicidades relativas a todo e qualquer produto que fizesse parte do mundo infantil, tal como legumes, frutas, leite, fraldas, brinquedos e livros infantis.**

41. No caso em análise, não é possível compatibilizar a campanha desenvolvida com a definição de publicidade abusiva por utilização da inocência infantil. Afinal, os produtos ofertados estimulavam o ensino, a interação do público infantil com seus pais, fazendo da brincadeira um método de aprendizado.

42. Na verdade, a campanha foi criada com grande preocupação de incentivar a leitura e a interação infantil com o meio ambiente, a fim de ensinar o papel que os animais desempenham no equilíbrio do planeta. Nos livros constam informações de como são esses animais, onde vivem, do que se alimentam, quem são seus predadores, como vivem na natureza, como se acasalam e constroem seus ninhos, quanto tempo tem de vida, se sofrem mudanças durante o ciclo de vida, se trazem perigo, enfim, características que surpreendem não só as crianças como os adultos. Há claro escopo educacional na campanha que não pode ser desconsiderado.

43. Os livros e os brinquedos articulados apresentam informações de forma criativa e atrativa para as crianças, mas com rigor científico e metodologia educacional dirigida ao ensino sobre a vida dos animais e seu habitat.

44. Os valores exaltados, tanto na publicidade veiculada, como nos livros e animais de corda distribuídos são os valores maiores da sociedade, tais como respeito ao meio ambiente, desenvolvimento consciente e integração entre a criança, seus pais e educadores.

45. **Sobre o tema, vale destacar que o magistrado entendeu que a abusividade do vídeo publicitário estaria na ênfase ao brinquedo recebido pela criança, na compra do lanche, entretanto, ainda que a afirmativa não seja verdadeira, não**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

ficou demonstrado porque eventual publicidade de brinquedos implicaria necessariamente na ocorrência de publicidade abusiva.

46. Os animais articulados que faziam parte do brinde nunca foram escondidos pela Apelante, até porque eram entregues em conjunto com os livros e reproduziam os movimentos típicos de cada espécie, possuindo articulação automática acionada por corda, de modo que os brinquedos efetivamente se movimentam sozinhos e permitiam que as crianças observassem como os animais agiam no mundo real.

47. Nesse sentido, tanto os livros quanto os brindes ofertados pela Apelante eram são seguros e de boa procedência, sendo impossível atribuir qualquer elemento desabonador, impróprio, especulativo, nocivo ou prejudicial ao desenvolvimento infantil.

48. A fim de exemplo, esse E. TJSP já julgou ação anulatória ajuizada pela Mattel - empresa fabricante de brinquedos infantis – e entendeu que sua campanha publicitária era válida e não apresentava nenhuma característica abusiva, senão vejamos:

> "APELAÇÃO Anulação de ato administrativo com vistas a desconstituir o Auto de Infração lavrado pelo Procon Alegação de violação ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor Inocorrência. **Impossibilidade de presunção de qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil que tenha caráter abusivo. Propaganda sem conteúdo apelativo, tampouco publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.** Sentença mantida. Recurso voluntário e Reexame necessário desprovidos". (Recurso de Apelação nº 1010889-46.2014.8.26.0053 – 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público – Des. Rel. Moreira Carvalho – Julgado em 25/04/2016)

49. **Assim, não há dúvida de que a simples existência de brinquedos na campanha publicitária não gera necessariamente a sua classificação como abusiva.**

50. **No caso em análise, ao contrário do que mencionado na sentença, não é possível compatibilizar a campanha desenvolvida com a definição de**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

publicidade abusiva por utilização da inocência infantil. Afinal, os produtos ofertados estimulavam o ensino, a interação do público infantil com seus pais, fazendo da brincadeira um método de aprendizado.

51. A campanha publicitária "Que bicho é esse?" era composta por diversas ações de marketing, incluindo os vídeos disponibilizados na TV. Todo o material publicitário da campanha sempre esteve de acordo com as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Estatuto da Criança e Adolescente, não existindo qualquer traço de abusividade.

52. **Aliás, os vídeos publicitários foram submetidos ao CONAR que é o órgão responsável pela análise desse conteúdo, não sendo feita qualquer restrição quanto à campanha levada ao ar.**

53. Além disso, em que pese a r. sentença mencionar que *"mesmo que ao fim haja uma rápida menção dos alimentos e dos livros, os brinquedos recebem demasiado destaque",* essa não é a realidade das provas produzidas nesses autos.

54. O vídeo principal da campanha, descrito quadro a quadro pelas imagens abaixo, não deixa dúvida de que nada de abusivo existe na campanha objeto de multa pelo Apelado. Trata-se, na verdade, de vídeo retratando uma roda de leitura entre crianças e adultos, onde os livros e os bichinhos de corda são apresentados, e ao final todas as informações referentes à promoção são descritas, bem como os alimentos que compõem o Kit Habib's.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN
ADVOGADOS

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN
ADVOGADOS

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN
ADVOGADOS

55. Assim, a anulação da multa imposta à Apelante possui dupla motivação jurídica visto que a publicidade específica desenvolvida na campanha **"QUE BICHO É ESSE?"** não espelha nenhuma característica abusiva capaz de embasar a aplicação da multa imposta pelo PROCON e ratificada pela sentença, bem como não há qualquer disposição legislativa que impeça a veiculação de publicidade de produtos para crianças, sejam brinquedos, livros ou alimentos.

IV.2) A. R SENTENÇA RECORRIDA CONTRARIA O ENTENDIMENTO DO PRÓPRIO MAGISTRADO QUE DEFERIU O PEDIDO LIMINAR

56. **Além de não haver abusividade na campanha publicitária, necessário registrar que o Exmo. Magistrado Kenichi Koyama, ao deferir a liminar para suspender a exigibilidade da multa, adentrou o mérito da demanda, nos seguintes termos (fls. 348/351):**

> *"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***

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> ***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 ideia 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, inexiste 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****."*
>
> *(Grifamos)*

57. Mais adiante, **O MESMO MAGISTRADO QUE ADOTOU O ENTENDIMENTO ACIMA**, proferiu a sentença de fls. 1355/1368 sob os seguintes argumentos:

> *"Analisando a mídia juntada que contém a propaganda, de fato, razão a ré. Isso porque, mesmo que ao fim haja um rápida menção dos alimentos e dos livros, os brinquedos recebem demasiado destaque. Sendo assim, a propaganda mais parece se referir aos brinquedos do que aos demais elementos, obviamente se utilizando de certa manipulação da deficiência de julgamento dos incapazes a fim de convencer seus consumidores. Nesse contexto, a ênfase, durante toda a defesa da autora, nos livros também oferecidos parece ser mera tentativa de desviar a atenção para aquilo que outrora fora sua prioridade: os bichinhos articulados.*

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

Logo, há clara violação do gênero do art. 37 do CDC[5]:

Embora reconheça que essa não possa ser diretamente aplicada, diante da impossibilidade de retroatividade do dispositivo em questão, saliento que a natureza de tal Resolução é meramente exemplificativa do excesso de publicidade. Tanto que sua natureza é infralegal, e claramente depende da Lei anterior, Lei essa que justifica em si mesma a autuação. A resolução exemplifica, portanto, somente explicita aquilo já implícito no art. 37 do CDC, supramencionado. Portanto, é evidente que a propaganda como um todo - enfatizando os brinquedos, as crianças, as cores e praticamente ignorando a comida oferecida e os livros ofertados - age em desconformidade com ordenamento e, não obstante, de tal forma que o telespectador muito provavelmente fica surpreendido ao se dar conta de que trata-se de propaganda pertencente ao popularmente conhecido "Habib's". Por fim, destaco a propaganda, também anexada nos autos, de diferente marca de fastfood, que, apesar de também visar o mesmo fim – isto é, comercializar alimento unido a demais vantagens - age de modo mais coerente ao demonstrar os alimentos, o ambiente da rede e os brinquedos comercializados".

58. Nesse sentido, é importante que esta C. Câmara verifique que, após a decisão que deferiu a liminar, esta que sequer foi objeto de recurso, o PROCON apresentou contestação (fls. 372/411) apenas ratificando as razões do Auto de Infração que já constavam nos autos no momento em que a liminar foi concedida.

59. Conforme demonstrado em réplica (fls.1001/1017), o PROCON não demonstrou em sua contestação qualquer violação às normas ou legislação relativa à matéria, **na medida em que sua alegação se funda em seu entendimento particular e posicionamento ideológico de que toda publicidade dirigida ao público infantil seria abusiva.**

60. Assim, não resta dúvida de que a r. sentença recorrida é carente de fundamento técnico e jurídico/legal que justifique a sua mudança de entendimento repentina, no sentido de caracterizar a campanha em questão como abusiva nos termos da autuação.

[5] "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa e abusiva. (...)
§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança."

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

IV.3) LAUDO PERICIAL CONFIRMA OS FATOS E FUNDAMENTOS ADUZIDOS DA INICIAL

61. A fim de comprovar a legalidade da campanha publicitária e seu cunho absolutamente educativo, a Apelante requereu a produção de prova pericial pedagógica, através da análise de todo material publicitário, bem como os brindes entregues na promoção.

62. **O MM. Juízo *a quo* deferiu a realização da referida prova técnica, mas apesar do laudo constante dos autos, elaborado por perito judicial com formação em pedagogia e psicologia (fls. 1288/1291), entendeu por bem passar por cima da conclusão técnica apresentada, assumindo para si a análise psicológica da campanha publicitaria em discussão.**

63. **Vale ressaltar que o MM. Juízo a quo, inclusive, limitou-se a descrever na r. sentença que o laudo técnico teria concluído pelo cunho educativo dos livros, mas deixou de consignar que a perícia também analisou os vídeos da campanha e entendeu que os mesmos não geravam qualquer dano ao desenvolvimento infantil.**

64. Registre-se que o **laudo pericial de fls. 1317/1331 demonstrou a toda evidência que a campanha publicitária da Apelante não é abusiva sob nenhum aspecto, cumprindo o papel de entreter e despertar na criança a curiosidade pelo mundo animal e interesse pela leitura.**

65. Destaque-se que em resposta aos quesitos apresentados pelo Apelado a i. perita atestou que o comercial televisivo *"**mesmo cumprindo seu objetivo comercial, cumpre também o papel de entretenimento infantil. Com chamada para a leitura e curiosidade do mundo animal**"* (fls. 1324).

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

66. Ademais, esclareceu que *"a criança detentora do pensamento egocêntrico, no afã de satisfazer seus desejos,* ***vai assumindo o papel de solicitar, porém não o de determinar o consumo da família, cabendo às famílias estabelecer os limites necessários"*** (fls. 1326).

67. Além disso, também mencionou que *"**ao serem frustradas as crianças estão sujeitas aos efeitos de aprenderem a lidar com as próprias frustrações, a fim de serem adultos resilientes, capazes ouvir 'não'**, de lidar com o ganho e a perda sem revolta, aprendem a compreender a condição financeira das próprias famílias e a aceitar que estão sujeitas às possibilidades dos pais"* (fls. 1326)*".*

68. **O que se conclui da leitura do laudo pericial é o reconhecimento pela i. *expert* do caráter educacional dos brindes, bem como a ausência de qualquer possibilidade de dano advindo da campanha publicitária em discussão.**

69. No que tange aos quesitos da Apelante (fls. 1327/1331), a i. Perita confirmou que os livros fornecidos na campanha possuíam: **(i) caráter educativo, ampliando o conhecimento do público infantil sobre os animais abordados; (ii) linguagem adequada ao público infantil; (iii) mensagem de preservação da natureza e (iv) estímulo ao público infantil pela leitura.**

70. Não é demais destacar que a Perita concluiu inexistir repercussão psicológica em eventual recusa da família na aquisição dos brindes de caráter colecionável, conforme resposta ao Quesito 11 do Apelado, vide fls. 1326:

> ***"11 – A sucessiva recusa da família, dado o caráter colecionável dos brindes, tem potencial de gerar consequências psico-neurológicas na criança? Em caso positivo, esses efeitos podem interferir na sua constituição psíquica quando adulta?***
>
> *Não, não traz nenhuma consequência psicológica negativa, menos ainda neurológica.*
> *O papel do adulto está em orientar as crianças, em formar seu caráter, em orientar sua conduta, para que a mesma seja capaz de lidar com ganhos e perdas com atuação adequada a cada situação a que seja*

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> *exposta, com comportamentos socialmente adequados. Ao contrário, a falta de limites e de frustrações faz com que a criança perpetue o pensamento egocêntrico até a vida adulta, desenvolvendo comportamento tirano e ditador dentro das famílias, estendendo para a sociedade".*

71. Ademais, o laudo pericial apresentado atestou de forma irrefutável a qualidade dos brindes oferecidos na campanha e a ausência de qualquer lesão ao consumidor, o que confirma em absoluto a tese da Apelante no sentido de inexistir qualquer ilicitude ao promover a campanha "Que bicho é esse?" (fls. 1330).

> *"A análise dos livros, que foram escritos sob a supervisão técnica da Dra Célia Assis, bióloga formada pela USP, demonstra que seus conteúdos têm caráter educativo, não encerrando- se em um fim em si mesmo com a venda do produto e com a aquisição dos brindes. Contém informações e curiosidades importantes para o desenvolvimento da consciência ambiental, ecológica e para a cultura de maneira geral".*

72. Ora Exas., a perita é convicta quanto à necessidade de imposição de limites pelos pais, fato determinante para a formação de um adulto capaz de lidar com as frustrações, do contrário, estar-se-ia diante de uma sociedade inapta ao convívio qualquer tipo de conteúdo / propaganda infantil.

73. Tal entendimento já foi reforçado por esse E. Tribunal, conforme pode se verificar do v. acórdão abaixo transcrito:

> "MULTA ADMINISTRATIVA Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva Veiculação da comercialização de lanches e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio Kit "Mc Lanche Feliz". **Abusividade não verificada**, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA. **Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável.** Precedente jurisprudencial Apelação do PROCON não provida.
> VOTO
> (...)
> 2- Saliento, para constar, que a autuação sub judice ocorreu no ano 2008. A multa foi aplicada em 2010. E o PROCON sustenta sua legitimidade com base numa Resolução do CONANDA lançada em 2014. Mas essa questão intertemporal é o de menos, como justificarei. Importa atacar o âmago da questão.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

Neste aspecto, não vislumbro prática abusiva da vendedora de sanduíches na hipótese dos autos.
Tomemos estas quatro premissas:
a) A sociedade brasileira se rege pelo modelo capitalista, e as consequências dessa opção econômica e cultural hão de ser assumidas;
b) Cabe à família, notadamente aos pais ou ao responsável legal, o poder-dever da boa educação dos filhos, inclusive o ônus de reprimi-los nos apelos inconvenientes ao seu bem estar social, físico e mental;
c) Crianças bem educadas no berço, por força do afeto e da autoridade dos pais ou responsável, saberão resistir aos apelos consumistas;
d) Não deve o Estado, de modo paternalista, sobrepor-se às obrigações primárias da família, sobretudo quando incitado pelo barulho muito atual, mas com um quê autoritário, da militância "ongueira", sob pena do esgarçamento da legitimidade de seus atos de império.
3- Consequência do modelo socioeconômico ocidental, não é de hoje que o mercado publicitário se ocupa de direcionar as peças produzidas para cada nicho de consumo, buscando cativar clientelas específicas e inculcar a necessidade muita vez inexistente de aquisição de produtos e serviços. Faz parte do nosso sistema e, mais e mais, inclusão social é consumo.
Crianças, é fato, são mais suscetíveis de se curvar à insistência mercadológica. É nítido o direcionamento das mensagens que visam atingir o seu universo lúdico particular: cores sortidas e vibrantes, situações e imagens de alegria, brindes de personagens infantis. Esta é a porta de acesso que induz os pequenos ao querer, ao desejo dos produtos e serviços. Todavia, não é porque existe o chamariz que sempre se compra. (...)
O Estado não pode, a pretexto de regular as atividades de divulgação dos produtos, vedar peremptoriamente as mensagens dirigidas às crianças pelo só fato de atrelá-las ao universo lúdico, às personagens de estima do público infantil. Se o fizesse, iludido por iniciativas midiáticas, desbordaria num paternalismo sufocante (nanny state), interferindo em direitos individuais que ultrapassam a órbita pública e flertam com totalitarismos.
Deveras, há um espaço indelegável para a educação dirigida pelos pais, que devem indicar os prós e contras das escolhas, v.g, do que significa o alimento sem valor nutritivo e alto valor calórico. E também principalmente o aprendizado do sentido absoluto do "não!". Impossível ter tudo pelo simples fato de assim o querer, sob o risco de se constituírem adultos que se portam sem limites, mormente quando se desiludem por não conseguir o que desejariam, na ditadura do tutto e subito. Pusilânimes. Hábitos saudáveis são aprendidos, aculturados, nos ambientes familiar e escolar. Há outras situações e ocasiões de abusividade efetiva a serem cuidadas, longe do comércio de guloseimas.
Mas para a Fundação PROCON pareceu mais cômodo acolher acriticamente a representação equivocada, ainda que com aparência de

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> boas intenções do Instituto Alana2, do que, sob o risco de ser pechado por conduta politicamente incorreta, mandá-la à dignidade silenciosa da gaveta de arquivo. (...)
> (Apelação Cível nº 0018234-17.2013.8.26.0053 – 5ª Câmara de Direito Público do TJSP – Des. Rel. Fermino Magnani Filho – Julgado em 29/06/2015)

74. Não é demais aqui, invocar os argumentos do próprio magistrado *a quo* ao deferir a tutela antecipada (fls. 349):

> *"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, inexiste 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****.*

75. Ou seja, de acordo com o entendimento do próprio MM. Juízo *a quo*, é razoável que a publicidade chame atenção, não é plausível exigir que as ofertas de produtos infantis sejam divulgadas sem as características que compõem o próprio universo infantil.

76. **Assim, não há dúvida de que o laudo pericial comprovou que inexiste qualquer abusividade na campanha publicitária, diante da ausência de possíveis danos oriundos da veiculação dos vídeos ou até mesmo do caráter colecionável dos brindes apresentados na campanha, sendo inequívoca a inexistência de qualquer traço de abusividade.**

77. Os valores exaltados, tanto na publicidade veiculada, como nos brinquedos e livros distribuídos, são os valores maiores da sociedade, tais como respeito ao meio ambiente, desenvolvimento consciente e integração entre a criança, seus pais e educadores.

78. **As normas então em vigor para publicidade infantil, assim como as diretrizes então vigentes para o oferecimento de brindes com lanches infantis, foram**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

<u>devidamente respeitadas, como por exemplo, a possibilidade de compra do brinde desvinculada do lanche.</u>

79. Portanto, com todas as vênias, o MM. Magistrado *a quo*, sem respaldo em prova e/ou em lei, desqualificou o laudo pericial elaborado por profissional competente na área pedagógica e declarou a abusividade da campanha sem qualquer fundamento técnico, o que, por certo, não pode ser corroborado por essa C. Câmara.

80. Desta feita, espera e confia a Apelante que esta Colenda Câmara reformará a sentença e julgará procedente o pedido da inicial no sentido de anular o Auto de Infração nº 5466.

IV.4) <u>RECONHECIMENTO ESTATAL E DA SOCIEDADE CIVIL DO CUNHO EDUCATIVO DA CAMPANHA</u>

81. Além da prova pericial e demais provas produzidas nos autos, há que se considerar, também, que houve o reconhecimento estatal quanto ao cunho educativo da campanha, frisando-se que a EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária) solicitou a distribuição de exemplares de livros para escolas públicas e privadas.

82. Não é plausível uma campanha considerada abusiva e geradora de instinto consumerista no público infantil ter recebido pedidos de doação de instituições de ensino, bem como da EMBRAPA que, conforme fls.336/339, além de parabenizar a campanha, também firmou parceria com a Apelante no ano de 2010 (vide fls. 336):

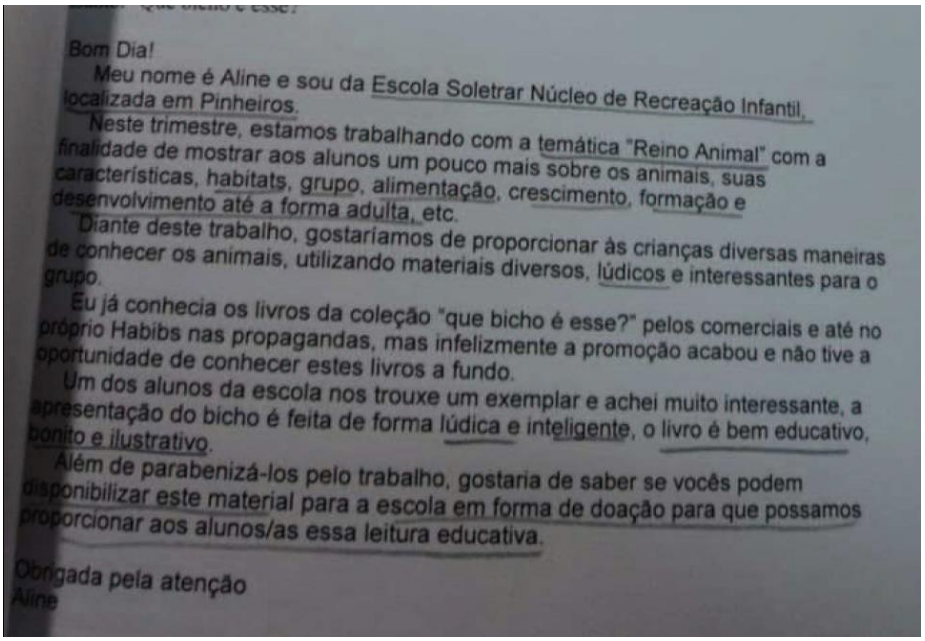
> *"Prezado Senhor,*
> *Com o objetivo de despertar nos estudantes a consciência da importância da ciência e tecnologia e da agricultura para melhorar a qualidade de vida da população brasileira, a EMBRAPA mantém o Programa Embrapa & Escola em nível nacional.*
> *Esse programa permite a aproximação da empresa de pesquisa com as diversas instituições de ensino da região de cada uma de suas 40 unidades no Brasil.*

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> *Na Embrapa Uva e Vinho, em Bento Gonçalves, RS, são 10 anos de absoluto sucesso atendendo cerca de 2.000 crianças e capacitando mais de 100 professores por ano.*
> *Tomamos conhecimento da publicação 'Joaninha' da coleção 'QUE BICHO É ESSE?' e ficamos interessados em ter essa produto no nosso evento desse ano (projeto anexo).*
> ***Gostaria de saber se a Editora Promobook teria algum interesse em participar dessa parceira colaborando com o projeto com a doação de 2.000 exemplares**." (e-mail enviado em 14/04/2010 por Luciana Mendonça Prado, Área de Comunicação e Negócio – EMBRAPA Uva e Vinho – Bento Gonçalves, RS)*

83. Além da doação dos 2.000 exemplares dos livros, foram inúmeros e-mails recebidos pelo Habib's de consumidores satisfeitos com a promoção (fls. 341/346), destacamos (fls. 343):



Bom Dia!
Meu nome é Aline e sou da Escola Soletrar Núcleo de Recreação Infantil, localizada em Pinheiros.
Neste trimestre, estamos trabalhando com a temática "Reino Animal" com a finalidade de mostrar aos alunos um pouco mais sobre os animais, suas características, habitats, grupo, alimentação, crescimento, formação e desenvolvimento até a forma adulta, etc.
Diante deste trabalho, gostaríamos de proporcionar às crianças diversas maneiras de conhecer os animais, utilizando materiais diversos, lúdicos e interessantes para o grupo.
Eu já conhecia os livros da coleção "que bicho é esse?" pelos comerciais e até no próprio Habibs nas propagandas, mas infelizmente a promoção acabou e não tive a oportunidade de conhecer estes livros a fundo.
Um dos alunos da escola nos trouxe um exemplar e achei muito interessante, a apresentação do bicho é feita de forma lúdica e inteligente, o livro é bem educativo, bonito e ilustrativo.
Além de parabenizá-los pelo trabalho, gostaria de saber se vocês podem disponibilizar este material para a escola em forma de doação para que possamos proporcionar aos alunos/as essa leitura educativa.

Obrigada pela atenção
Aline

84. As referidas demonstrações deixam claro que a aquisição dos 16 (dezesseis) livros, acompanhados pelos bichinhos de corda, não está relacionada ao estímulo consumista desregrado e sem fundamento, mas sim à indiscutível qualidade da promoção.

85. Diversamente da interpretação do PROCON, e equivocadamente ratificada pela sentença, a Apelante em conduta totalmente inovadora e rara, funcionou como

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

estimuladora da circulação de informações e conhecimento, bens estes que nada tem a ver como o consumo exacerbado, desregrado, imprudente e inconsciente.

86. A publicidade promovida pela Apelante deveria ser estimulada, servindo de exemplo e não ser injusta e ilegitimamente atacada e penalizada.

IV.5) <u>INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE A COMPRA DO LANCHE E O BRINQUEDO E DA QUALIDADE DOS PRODUTOS DO "KIT HABIB'S</u>

87. Não obstante a legalidade da campanha publicitária e o caráter claramente educacional dos brindes oferecidos, também não merece prosperar o fundamento do *decisum* de que, ao enfatizar os brinquedos, crianças e cores, a real intenção da campanha publicitária seria de "desviar" a atenção da comida oferecida e dos livros ofertados.

88. No mesmo sentido, o Apelado vinculou a abusividade da campanha publicitária ao fato dos alimentos fornecidos no "KIT HABIB'S" supostamente não serem saudáveis, fato que estimularia o consumismo e a obesidade infantil.

89. Contudo, a Apelante demonstrou que os referidos brindes que acompanham as promoções do "KIT HABIB'S" podem ser adquiridos separadamente pelos consumidores (fls. 327), não havendo qualquer vinculação entre a venda do lanche e do respectivo brinde, no caso da campanha sob exame, livros e bichinhos de corda.

90. **<u>Portanto, não faz qualquer sentido que a Apelante pretendesse desviar a atenção do público enfatizando os brinquedos se estes poderiam ser adquiridos de forma independente e, como se sabe, não existe qualquer vedação à veiculação de propaganda voltada para brinquedos que recheiam os canais infantis</u>**.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

91. Não obstante a inexistência de vinculação, não é demais asseverar que os produtos oferecidos pela Apelante, que compõem o combo infantil "Kit HABIB'S", estão entre os mais saudáveis do mercado de alimentos *fast-food*, preparado por especialistas para oferecer alimentos balanceados e nutritivos.

92. Combinados ao suco de fruta natural, são oferecidas ao público infantil esfihas **ASSADAS**, livres de qualquer gordura que não componha os próprios ingredientes que as recheie, tais quais 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, além de pequena porção de batata frita.

93. Ademais, embora caiba aos pais selecionar e decidir os alimentos dos filhos, o HABIB'S sempre teve enorme preocupação com o público infantil e demonstra isso com o estudo balanceado das promoções que promove.

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

95. **Aliás, apesar de já constar nos autos a tabela nutricional dos alimentos que compõem o Kit Habib's, necessário lembrar que a r. sentença foi proferida antes da realização da perícia nutricional requerida pela Apelante.**

96. Desse modo, não se pode presumir condição não saudável aos lanches oferecidos pela Apelante, diante da negativa de prova nesse sentido por parte do magistrado *a quo*.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

IV.6) INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL À VEICULAÇÃO DE CAMPANHA PUBLICITÁRIA DE PRODUTOS PARA CRIANÇA

Sentença reconhece impossibilidade retroação da Resolução nº 163/2014

Violação ao Princípio da Legalidade

97. Pela leitura das razões constantes da sentença, resta claro que a sanção aplicada se deveu, exclusivamente, pela atividade comercial da Apelante, ou seja, o comércio de lanches *fast-food*, senão vejamos:

> *"Portanto, é evidente que a propaganda como um todo - enfatizando os brinquedos, as crianças, as cores e praticamente ignorando a comida oferecida e os livros ofertados - age em desconformidade com ordenamento e, não obstante, de tal forma que o telespectador muito provavelmente fica surpreendido ao se dar conta de que trata-se de propaganda pertencente ao popularmente conhecido "Habib's".*
>
> *(fls. 1363)*

98. Tem-se, então, mais uma razão para a reforma da sentença e consequente anulação do ato administrativo de sanção ora atacado, visto que este impôs sanção monetária (multa) com base em uma suposta vedação legal que nunca existiu.

99. Nesse sentido, veja que **o MM. Magistrado *a quo* reconhece que a Resolução 163/2014 não pode ser aplicada em razão da impossibilidade de retroatividade**, no entanto, ainda assim a aplica sob o confuso fundamento de que a referida resolução deixa explícito o que já seria implícito no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

> *"Embora reconheça que essa não possa ser diretamente aplicada, diante da impossibilidade de retroatividade do dispositivo em questão, saliento que a natureza de tal Resolução é meramente exemplificativa do excesso de publicidade. Tanto que sua natureza é infralegal, e claramente depende da Lei anterior, Lei essa que justifica em si mesma a autuação.* ***A resolução exemplifica, portanto, somente explicita aquilo já implícito no art. 37 do CDC, supramencionado****"*
>
> *(Fls. 1363)*

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

100. **Ora, se determinada legislação não pode ser aplicada ao caso, não deve sequer ser citada no bojo da sentença.**

101. **Não é demais registrar que, nem mesmo o Apelado trouxe aos autos a referida Resolução para embasar sua tese, pois ciente de sua evidente inaplicabilidade**. Logo, não poderia o Magistrado utilizar de tal fundamento para embasar a sentença com base em norma não vigente à época dos fatos que sequer foi arguida nos autos.

102. **Fato é que não existe proibição legal quanto à veiculação de publicidade ao público infantil**.

103. Nesse sentido, a sentença que ratificou a decisão administrativa objeto da ação, convertida na exorbitante multa de **R$ 2.408.240,00 (dois milhões, quatrocentos e oito mil, duzentos e quarenta reais),** deixou de respeitar o princípio da legalidade, uma vez ter legitimado a fixação de multa por conduta não vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

104. A própria Constituição Federal prevê como cláusula pétrea o chamado princípio da legalidade, previsto em seu art. 5°, II; em razão dele, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. A legalidade é um princípio fundamental da administração pública e elemento essencial para a validade de seus atos.

105. HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro[6], define: *"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."*

[6] MIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

106. Já MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, explana em sua obra Direito Administrativo[7]: "*A observância do referido preceito constitucional - art. 5º, inciso II, da Constituição Federal – é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão, ainda que a mesma decorra de ato da Administração".*

107. **Assim, o princípio da legalidade limita a legítima atuação da administração pública àquilo que é permitido por lei, de acordo com os meios e formas por ela estabelecidas, revelando-se um elemento de garantia de segurança jurídica.**

108. **O E. TJSP já decidiu em caso análogo que não há norma em vigor no ordenamento jurídico brasileiro que impeça a veiculação de propaganda voltada para o público infantil, senão vejamos:**

> "Ação Civil Pública. Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado para o público infantil. Ausência de vedação constitucional ou legal de tal prática, não podendo se presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo. Princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e do princípio da isonomia (artigo 170, da Constituição da República). Recurso improvido.
> (...)
> No caso em tela, não se trata de comercialização de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxico, medicamentos ou terapias, nem tampouco de qualquer produto nocivo à saúde pelo contrário, são estratégias de venda dos chamados "cereais matinais", tidos por nutricionistas como saudáveis razão pela qual não há que se promover a restrição absoluta pleiteada sob tal ótica.
> Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, estabelece como direito básico do consumidor a proteção de sua vida, saúde e segurança contra os riscos potenciais de produtos perigosos ou nocivos, como também o direito a mais ampla informação e proteção contra publicidade enganosa e abusiva (artigo 6º, incisos I, II, III e V, da Lei n° 8.078/90), sendo certo que seu artigo 37, caput e § 2º, dispõe que "é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) **É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da**

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> **deficiência de julgamento e experiência de criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".**
> Tal norma se coaduna com o disposto no artigo 227, da Constituição da República e com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, a promover tutela prioritária da criança, por se tratar de ser em desenvolvimento.
> **Em suma, a veiculação de peça publicitária é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, apenas passando pelo controle de legalidade do Poder Judiciário, caso se mostre exorbitante ou nociva.**
> O conteúdo de peça publicitária, pontualmente colocada sob análise judicial, apenas e tão somente poderia ser reputado ilegal, e, portanto, sujeito a sofrer restrição em sua veiculação, se ferisse tais princípios e regramento, o que também não se verifica no caso em testilha.
> Isto porque, ad *argumentandum*, as peças publicitárias encartadas aos autos não trazem em seu bojo qualquer conteúdo nocivo ao público infantil (pelo contrário, as embalagens dos produtos trazem em destaque a tabela nutricional de cada um deles), nem tampouco se valem de forma inescrupulosa das condições de pequenos consumidores em formação. **Em suma, não subtraem o ou diminuem o poder de escolha e orientação dos pais, seja na aquisição do produto, seja no consumo moderado, o que é salutar para todo e qualquer alimento."**
> (Recurso de Apelação nº0029619-23.2010.8.26.0002 – Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo – Rel. Des. Maia da Cunha – Julgado em 19/09/2011)

109. Deste modo, integralmente indevida a multa imposta pelo PROCON, devendo ser reformada a sentença proferida pelo juízo *a quo,* para que seja julgada totalmente procedente a presente ação, de forma a anular a decisão administrativa *in totum*.

IV.7) A MULTA APLICADA COM CARÁTER CONFISCATÓRIO E EM TOTAL VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

110. A r. sentença também entendeu que o valor fixado de multa foi proporcional e razoável, observando parâmetros legais.

111. Ao expor as razões que justificariam a impossibilidade de reduzir a multa aplicada pelo Apelado, o MM. Juízo *a quo* limitou-se a ressaltar a legalidade da Portaria

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

26/06 do PROCON e da base de cálculo, conforme se infere dos trechos abaixo destacados:

> *"Também não há que se falar de ilegalidade da Portaria 26/06 do PROCON-SP. Esta disposição normativa de referido ente público apenas regula a aplicação de sanções, inclusive da fórmula de cálculo das penalidades, como a multa administrativa, não tendo criado novas modalidades de infrações. Logo, não viola o art. 6º e incisos da Lei nº 10.177/98.*
>
> *De igual sorte resta a alegação de que a base de cálculo da multa é ilegal, estando ausente qualquer irregularidade. A autora afirma que deve ser utilizada a receita bruta Estadual, não a Nacional, uma vez que a competência do PROCON-SP é restrita ao Estado de São Paulo. Contudo, esta afirmação não merece prosperar pois foi autuada a pessoa jurídica da autora, não mera filial. Caso assim não fosse, seria muito fácil aos fornecedores de serviço, principalmente os de grande porte, mitigar os valores das multas aplicadas, pois a pena-base sobre a receita de uma única unidade da federação seria obviamente muito inferior à de todo o território nacional. Desta forma, com multas de valor muito inferior, o propósito das penalidades aplicadas pelo CDC seria perdido, visto que o legislador procurou coibir práticas abusivas por meio de fortes punições, a fim de que elas não sejam repetidas."*

112. Ocorre que os argumentos constantes da petição inicial, **consubstanciados na violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade** não foram enfrentados pela r. sentença recorrida, mesmo após a oposição de embargos de declaração.

113. **Ora, a Apelante foi condenada ao pagamento de multa que perfaz atualmente o valor de R$6.748.200,00 (SEIS MILHÕES SETECENTOS E QUARENTA E OITO MIL E DUZENTOS REAIS), por suposta prática de propaganda abusiva, que como já demonstrado, nunca ocorreu.**

114. Além de ser confiscatória, a multa em questão afronta o princípio da razoabilidade, que, segundo a melhor doutrina[8], desdobra-se em vários sentidos como: (i) equidade – quando exige a harmonização da norma geral com o caso individual; (ii) congruência – quando exige a harmonização das normas com suas condições

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

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

externas de aplicação; e (iii) equivalência – quando exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

115. No plano abstrato, a aplicação da multa até poderia ser considerada medida efetiva para garantir o respeito às normas do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, é obrigatório que, no caso concreto, sua fixação siga um critério razoável. Nesse sentido, é evidente que linda campanha publicitária "Que bicho é esse?" **NÃO POSSUI QUALQUER CARACTERÍSTICA ABUSIVA, NÃO SENDO RAZOÁVEL A APLICAÇÃO DE MULTA EM PATAMAR DE QUASE 7 (SETE) MILHÕES DE REAIS.**

116. Logo, se a conduta não é grave, a aplicação de multa elevada ofende o princípio da razoabilidade em razão do critério mal empregado pelo agente da Administração Pública.

117. Embora esse princípio não esteja expresso na Constituição Federal, é reconhecido pela doutrina como vetor da atuação da Administração Pública. Com efeito, a falta de respeito a esse princípio implica na violação do art. 5º, § 2º, da Carta Magna brasileira, que assim dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> **§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

118. Tal princípio é tão importante no contexto da Administração Pública que foi positivado no plano infraconstitucional por meio da Lei Federal nº 9.784 de 1999, que em seu artigo 2º prevê:

> **Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,**

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> **proporcionalidade,** moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

119. Não restam dúvidas, Exas., que a cobrança da multa ora questionada é inconstitucional e ilegal por violar os princípios da legalidade e razoabilidade.

120. Imperioso destacar que a penalidade aplicada carece ainda de proporcionalidade em sentido estrito. **Conforme reconhecido no laudo pericial de fls. 1317/1331, a publicidade veiculada não trouxe qualquer prejuízo ao público infantil, registrando-se ainda, ter sido alvo de reconhecimento pela EMBRAPA, pela sociedade civil e, inclusive, por educadores, sendo a multa totalmente injustificável à luz do princípio da proporcionalidade**.

121. Em recente decisão acerca de multa aplicada pelo PROCON com relação à outra publicidade veiculada pela Apelante, esse E. Tribunal de Justiça entendeu por bem reduzir o valor da multa aplicada, sendo incontroversa a possibilidade da redução da multa quando não respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, senão vejamos:

> "Anulatória – Multa – PROCON - Omissão na propaganda veiculada pela internet, o que caracterizaria publicidade enganosa, nos termos do art. 37 do CDC - Desrespeito à legislação consumerista verificado - Incidência do art. 57, parágrafo único, do mesmo diploma legal – **Em julgamento estendido, nos termos do art.942 do C.P.C. mantiveram o auto de infração, mas reduziram o valor da multa para R$80.000,00 - Sentença reformada – Recurso parcialmente provido."** (Recurso de Apelação nº 1026436-29.2014.8.26.0053 – Des. Rel. Marrey Uint – 3ª Câmara de Direito Público do TJSP – Julgado em 30/01/2018)

122. Por outro lado, ainda que existam portarias internas do Apelado que embasem a aplicação da multa no *quantum* imposto à Apelante, fato é que no caso dos autos, tal quantia fere e muito a razoabilidade, devendo, por isso, ser ao menos revista pelo Poder Judiciário.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

123. **O Apelado afirma que a multa foi aplicada em razão do faturamento estimado da Apelante, sem apresentar os dados que foram utilizados para se chegar a essa estimativa.**

124. A APELANTE FOI MULTADA PELA SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 37, § 2º DO CDC E PARA A REALIZAÇÃO DO REFERIDO CÁLCULO O PROCON UTILIZOU COMO ESTIMATIVA DO FATURAMENTO MENSAL DA AUTUADA O VALOR EXORBITANTE DE R$ 800.000.00.00 (OITOCENTOS MILHÕES DE REAIS). (FLS. 650)

125. **O REFERIDO VALOR NÃO APRESENTA NENHUM LASTRO PROBATÓRIO E NEM PODERIA.**

126. A título de exemplo, o faturamento médio da Apelante nos meses de agosto/setembro/outubro de 2018 foi de R$7.755.288,08 (sete milhões setecentos e cinquenta e cinco mil duzentos e oitenta e oito reais e oito centavos), conforme documentos anexos. (**doc. 01**)

127. **Ou seja, o valor estimado pelo PROCON é absolutamente desvinculado da realidade da Apelante e, portanto, arbitrário.**

128. Caso a multa fosse aplicada com base no faturamento acima mencionado e seguindo a equação constante no art. 33 do Ato Normativo nº 45/2015, **a mesma deveria respeitar o teto de R$ 42.007,81 (quarenta e dois mil e sete reais e oitenta e um centavos), conforme descritivo abaixo:**

PE + (REC X 0,01) X (NAT) X (VAN) = PENA BASE

PE = definido pelo porte econômico da empresa – Grande Porte = 5000
REC = será a receita bruta da empresa, aplicando-se um fator de correção de curva progressivo quando superior a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), conforme abaixo:

REC = [(VALOR DA RECEITA – R$ 120.000,00) x 0,10] + R$ 120.000,00

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

REC = [(R$ 7.755.288,08 – R$ 120.000,00) x 0,10] + R$ 120.000,00
REC = [R$7.635.288,08 x 0,10] + R$ 120.000,00
REC = R$763.528,80 + R$ 120.000,00
REC = R$ 883.528,81

NAT = representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração = 3

VAN = Vantagem não apurada = 1

PE + (REC.0,01).(NAT).(VAN) = PENA BASE

5000 + (R$ 883.528,81 x 0,01) x 3 x 1 = PENA BASE

5000 + (8.835) x 3 x 1 = R$ 31.505,86

PENA BASE = R$ 31.505,86

Infração de maior gravidade, acrescida de 1/3 da pena base = R$ 31.505,86 + R$ 10.501,95 = R$ 42.007,81

129. Por todo o exposto, embora a Apelante confie na inexistência de abusividade na campanha publicitária veiculada, ainda que esta C. Câmara assim não reconheça, o que se admite *ad argumentandum,* merece reforma a sentença para que seja fixada multa compatível com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em valor que não ultrapasse o montante de **R$ 42.007,81. (quarenta e dois mil e sete reais e oitenta e um centavos).**

V – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS DE FORMA EXORBITANTE

130. Conforme se verifica da r. sentença recorrida, a Apelante foi condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

131. Cumpre destacar, que o valor da causa é de R$2.408.240,00 (dois milhões quatrocentos e oito mil e duzentos reais), razão pela qual a fixação da condenação em 10% sobre o referido valor, no caso dos autos, mostra-se exorbitante, tendo em vista a complexidade da demanda e os trabalhos realizados pelos profissionais

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

que, apesar de realizados de forma adequada, não justificam o valor da condenação.

132. Na fixação dos honorários do advogado, o juiz pode levar em consideração o valor atribuído à causa, mas não está condicionado por ele. É possível, ao examinar o caso concreto, que o Magistrado determine valor fixo ou em percentual menor do que estabelecido em regra geral, em atenção às peculiaridades do caso concreto.

133. Pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a jurisprudência infraconstitucional, já se decidiu reiteradas vezes que os honorários advocatícios são devidos em percentuais inferiores a 10%, diante do exorbitante valor da causa, como se infere no julgado AgRg no RESP 1.076.302/SP, min. rel. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 11.11.2008, cuja ementa segue, *in fine*:

> TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO SESC E AO SENAC – EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO – INCIDÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE DE REVISÃO QUANDO O VALOR É EXORBITANTE OU IRRISÓRIO.
> 1. A controvérsia restringe-se à possibilidade de revisão de honorários advocatícios, pelo STJ, na hipótese de fixação de sucumbência em valores irrisórios ou exorbitantes.
> 2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a via especial é inadequada para rever o valor fixado a título de honorários advocatícios, à exceção das hipóteses em que se mostre irrisório ou excessivo.
> 3. **Da atenta leitura dos autos, verifica-se que os honorários foram fixados em 5% sobre o valor da causa, portanto R$ 288.522,00 (duzentos e oitenta e oito mil, quinhentos e vinte dois reais),** configurando valor exorbitante em relação à pouca complexidade da demanda (contribuição para o SESC e para o SENAC pelas empresas prestadoras de serviço); destarte, nesse ponto, **merece reparo o acórdão a quo para reduzir o quantum honorário para o patamar de 1%. Agravo regimental improvido.**
> Assim, esses valores legais balizam a fixação dos honorários advocatícios pelo juiz de acordo com os critérios de (a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, podendo, entretanto, fixar os honorários em percentuais inferiores aos de 10%, diante do exorbitante valor da condenação.
> No processo de fixação desse valor, não há participação do Ministério.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.187.213 - DF (2010/0058165-8) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARBITRAMENTO NOS TERMOS DO ART. 20, §4°, DO CPC. REVISÃO. VALOR IRRISÓRIO. POSSIBILIDADE.
> 1. São devidos honorários advocatícios nas hipóteses em que for apresentada impugnação ao cumprimento de sentença. Precedentes.
> 2. **A decisão que rejeita a impugnação ao cumprimento de sentença não tem caráter condenatório, razão pela qual a fixação dos honorários advocatícios, nessas hipóteses, deve ter como base o § 4º do art. 20 do CPC.**
> 3. A revisão do valor fixado a título de honorários advocatícios é admitida nas hipóteses em que a quantia se mostrar irrisória ou exorbitante. Precedentes.
> 4. Recurso especial parcialmente provido, a fim de fixar a verba de sucumbência em R$ 5.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

134. Sobre esse ponto, cabem algumas considerações do mestre BRUNO V. CARRILHO LOPES[9]:

> *"O juízo de equidade de que fala o art. 20, § 4º, está relacionado à equidade integrativa. O dispositivo faz menção às "normas de alíneas a, b e c do parágrafo anterior", mas, ao aludir à apreciação equitativa do juiz, transcende os parâmetros fixados em tais alíneas e permite ao julgado colher na situação concreta outros elementos."*
> *(...)*
>
> *"Havendo necessidade de integrar a norma por equidade, na parte do juízo a ser integrada não há moldura para a delimitação da fattispecie concreta e, portanto os fatos discutidos em juízo devem ser considerados em todos os seus aspectos.".*

135. Portanto, a fixação da condenação fixada pelo Magistrado em 10% sobre o valor da causa se mostra exorbitante, sendo evidente a necessidade de reforma da sentença apelada também com relação ao valor dos honorários.

VI – CONCLUSÃO

Inicialmente, espera e confia a Apelante que será anulada a sentença, devendo-se retornar os autos à primeira instância para a realização de perícia nutricional, uma vez ter sido proferida de forma surpresa, sem a realização da necessária perícia e

[9] Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho – Honorários Advocatícios no processo civil – São Paulo: Saraiva, 2008.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.

DANNEMANN SIEMSEN ADVOGADOS

frustrando a expectativa das partes, com fulcro nos arts. 6º, 10, 357, I, II, IV e V e 369 do CPC.

No mérito, espera e confia a Apelante que essa Colenda Câmara **DARÁ PROVIMENTO** ao presente recurso para reformar integralmente a r. sentença recorrida, julgando procedentes os pedidos da exordial, declarando nulo o Auto de Infração nº 5466 e seus efeitos ou, alternativamente, que a multa seja reduzida a um patamar que respeite os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nestes termos,
Em que pede deferimento.

São Paulo, 29 de maio de 2019.

Adriana Vela Popoutchi
OAB/SP – 287.361

Igor Manzan
OAB/SP – 402.131

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, liberado nos autos em 29/05/2019 às 17:51 .
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 70EBAA5.