



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO  
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA  
CONSUMIDOR**

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA.

**PROCEDIMENTO COMUM Nº.** 1015328-03.2014.8.26.0053

**REQUERENTE:** ALSARAIVA COM EMPREENDIMENTOS IMOB E PAR

**REQUERIDO:** FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR -  
PROCON E OUTRO

**A FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO  
ESTADO DE SÃO PAULO (PROCON/SP)**, através da Procuradoria Geral do Estado,  
com fulcro no artigo 1010 §1 do Código de Processo Civil, vem à presença de vossa  
excelência apresentar

**CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO**

Conforme segue em anexo.

Termos em que pede recebimento.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

CLAUDIO HENRIQUE DE OLIVEIRA

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 329.155



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDIA CÂMARA,

DOUTOS DESEMBARGADORES

## 1- SÍNTESE DO PROCESSADO

Trata-se de ação de conhecimento movida por Alsaraiva com Empreendimentos Imob e Par em face do PROCON pleiteando a anulação do auto de infração lançado com fulcro no art. 37 §2 do CDC em razão da empresa ter: (a) veiculado publicidade que, se aproveitando do desenvolvimento incompleto, induziu crianças a adquirir produtos para obtenção de brindes (b) promovido consumo de alimentação pouco saudável.

A prática abusiva está inserida na campanha publicitária "Que Bicho é Esse" da rede de *fast food*.

Processado o feito, sobreveio sentença julgando improcedentes os pedidos. Inconformado, o interessado apresenta recurso de apelação sustentando:

(A) Sobre a campanha publicitária:

- (a.1) houve distribuição de livros infantis sobre animais da fauna brasileira – com qualidade reconhecida pelo governo federal-, acompanhado de brinquedo de cada um desses animais;
- (a.2) o brinquedo/livro pode ser adquirido separadamente do lanche (fls. 327);
- (a.3) a publicidade destinada ao público infantil, por si só, não é vedada, inexistindo discriminação, incitação à violência, exploração de medo etc;
- (a.4) A publicidade foi aprovada pelo CONAR;



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

### (B) Sobre a qualidade dos alimentos:

- (b.1) os livros/brinquedos em oferecidos em conjunto com alimentos de qualidade – como esfihas e batata frita;
- (b.2) "as esfihas são livres de gordura que não componha os próprios ingredientes que as recheie", sendo que a de sabor queijo minas tem "praticamente zero de gordura";

### (C) Sobre o Processo Judicial:

- (c.1) houve nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa ao ser proferida sentença sem ter sido completada a fase instrutória, especialmente pela realização de prova pericial nutricional;
- (c.2) há contradição entre os fundamentos da decisão interlocutória que deferiu a tutela de urgência e os fundamentos da sentença;

### (D) Sobre a multa:

- (d.1) a multa é desproporcional e confiscatória;
- (d.2) não foi demonstrado os fundamentos da estimativa da receita da empresa fixada em R\$ 800 milhões.

Contudo, sem razão.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

## 2- DAS RAZÕES PELA MANUTENÇÃO DA DECISÃO

### 2.1 DO PROCESSO JUDICIAL

O requerente sustenta que houve cerceamento de defesa por ter sido proferida sentença sem esgotamento da fase instrutória, especialmente pela não-realização de perícia nutricional.

Sem razão.

A Tabela Nutricional dos alimentos vencidos pela companhia é, corretamente, fornecida pela própria empresa, podendo ser localizada no seguinte endereço eletrônico: <[https://www.habibs.com.br/pdf/tabela\\_Nutricional\\_Habibs.pdf](https://www.habibs.com.br/pdf/tabela_Nutricional_Habibs.pdf)>.

Logo, para aferir a qualidade nutricional dos alimentos basta analisar a tabela nutritiva de cada um deles, a saber: esfiha (duas), batata frita e suco de laranja.

Portanto, afigura-se totalmente desnecessária a realização de perícia nutricional para informar questão publicada na internet e disponibilizada pela própria empresa.

Destaca-se, por oportuno, que a alegada qualidade dos alimentos que compõe o kit será rebatida em tópico próprio.

Com relação à eventual contradição entre os fundamentos da decisão interlocutória e da sentença, o argumento é teratológico.

Como se sabe, a decisão interlocutória é proferida em cognição sumária – muitas vezes de forma liminar, sem a oitiva da outra parte e, eventualmente, de terceiros. Já a sentença é proferida em cognição exauriente, após o contraditório, produção de provas, participação eventual de *amicus curiae* etc.

E, ainda que assim não fosse, não estando preclusa a questão, nada impede que o juiz tenha alterado o entendimento após refletir melhor sobre o caso, não havendo que se falar em vinculação da sentença aos fundamentos da decisão provisória proferida meses antes.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

### 2.2 DA PUBLICIDADE - ALTERAÇÃO DA CAMPANHA E MÁ-FÉ

Primeiramente, o Auto de Infração é fundamentado na vinculação de brinquedos à compra de kit's com esfihas e batatas fritas. Vejamos a descrição da conduta:

"A empresa (...) veiculou a campanha publicitária denominada 'kit habib's que bicho é esse? Na qual enfatiza a autuação das personagens – atores mirins interagindo com os 16 bichinhos inanimados divulgados (...) – associando-as a sentimentos e estados de espírito tais como diversão, a felicidade e a inserção social, aproveitando-se do desenvolvimento incompleto das crianças e de sua natural falta de posicionamento crítico, para induzí-las a possuir os brindes" (sic).

A existência de livro didático em conjunto com o brinquedo não foi objeto de aferição por parte da fiscalização do PROCON, considerando que a existência de brinquedos e o tom persuasivo – por si só- caracteriza a infração.

Em outros termos, é irrelevante para autuação a qualidade dos livros entregues pela empresa, sendo louvável que os itens apresentam – conforme afirma o apelante – qualidade reconhecida pelo governo federal.

Todavia, a qualidade do livro não afasta o caráter abusivo da publicidade veiculada, não podendo os fins justificarem os meios.

Nesse sentido, ao contrário do que afirma o apelante, a campanha publicitária utilizou expressões que vinculam os sentimentos de família e amizade aos brinquedos da campanha, além de se aproveitar da deficiência de julgamento da criança.

Primeiro, conforme se verifica em fls. 327, a empresa divulgou texto publicitária com escrita propositadamente equivocada para reforçar a ligação entre a marca 'Habib's' e o brinquedo 'bicho', utilizando os seguintes dizeres: "Bibchinhos, um mais bibtinho que o o outro".



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

No mesmo encarte, vinculou a imagem dos brinquedos com o sentimento de amizade ao afirmar: "somos amigos. Habib's".

Pesquisando as publicidades na plataforma de vídeos Youtube.com, nota-se que o foco principal, se não total, da propaganda é o brinquedo. **E, mais importante, a inclusão de livros didáticos somente foi realizada posteriormente.**

Para tanto, basta acessar os seguintes links:

(i) <https://www.youtube.com/watch?v=xUB1d050S7Y> - no final do vídeo, o narrador afirma "são diversos bichinhos para seu filho brincar. Habib's feliz." (acessado em 27/06/2019)

(ii) <https://www.youtube.com/watch?v=zstiQ8i0Y2k> - em 20 segundos consta "você e seu filho vão sorrir e pedir bis, pedir mais uma história com final feliz".

Neste video consta ainda; "**Agora**, cada bichinho vem com um livro de história para você e seu filho brincarem. Habibs Feliz (acessado em 27/06/2019)

A inclusão do livro didático após o início da campanha também é relatada na reportagem disponível em <http://www.portalimprensa.com.br/cdm/caderno+de+midia/30383/habibs+inicia+nova+fase+da+campanha+que+bicho+e+esse+criada+pela+giovanni+draft+fc&b>. Vejamos:

E é nesse clima de conto de fadas das histórias infantis que o Habib's, rede de fast food com 305 lojas no país, dá continuidade à campanha "Que Bicho é Esse", que envolve seu kit infantil, composto por duas bib'sfihas, uma batata frita, um suco natural e um brinquedo.

**Nessa segunda fase, que teve início no mês de dezembro, além do brinquedo, um livro infantil**, totalmente ilustrado, que narra a história de bichinhos que habitam a terra, a água e o ar, também acompanha o kit Habib's.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

É falso afirmar que a campanha "Que Bicho é Esse" sempre vinculou a compra do kit de lanche ao livro didático, considerando que o livro somente foi introduzido na segunda fase da publicidade.

A Apelante, portanto, incorreu em violação à boa-fé processual por alterar a verdade dos fatos, devendo ser sancionada com multa por litigância de má-fé (art. 80, II do CPC).

O fato do brinquedo/livro ser vendido de forma separada não é objeto do Auto de Infração, considerando que a vinculação dos itens ensejaria aplicação de multa por fundamentação própria - 'venda casada' – sendo que o Auto de Infração é restrito à publicidade abusiva.

Desta forma, a venda casada ou não dos itens não contribuem para confirmar ou informar o Auto de Infração, por possuir fundamento diverso e autônomo desta outra prática abusiva.

Com relação ao CONAR, como se sabe, o Conselho é entidade privada que atua na Autorregulamentação do setor de publicidade sem que suas decisões impeçam a atuação dos órgãos públicos e o exercício do Poder de Polícia.

Sem prejuízo, a manifestação da diretoria executiva do CONAR foi contrária ao veiculado na publicidade – conforme consta em fls. 736, vejamos:

"A parte em que fala 'eu quero um!', caso esteja refindo-se ao brinde ou ao alimento pode ser controversa, por dar ensejo à interpretação de que é apelo direto ao consumo"

"Na parte final 'são 16 bichinhos para seu filho brincar', embora não mencione diretamente 'coleção', pode dar ensejo à interpretação de estímulo a aquisição de diversas quantidades do kit anunciado (...). Seria recomendável a alteração especificamente da parte em que fala do número de brindes, para são 'diversos', 'muitos'" (sic).



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

No mais, a mensagem da diretoria executiva do CONAR adverte que os comentários constituem orientações de como as regras tem sido interpretadas pelo Conselho de Ética da entidade, não impedindo eventuais queixas de consumidores ou pessoas jurídicas.

Portanto, ao contrário do afirmado pela requerente, não houve decisão do Conselho de Ética do CONAR sobre a legalidade da publicidade, mas sim mensagem da diretoria executiva que, inclusive, sugeriu mudanças na publicidade que não foram feitas.

No mais, o Anexo H do Código de Ética do CONAR dispõe que:<sup>1</sup>

1- Disposições Gerais - Além de atender aos preceitos gerais deste Código, os anúncios de produtos submetidos a este Anexo deverão:

D) abster-se de encorajar ou relevar o consumo excessivo **nem apresentar situações que incentivem o consumo exagerado** ou conflitem com esta recomendação;

E) abster-se de menosprezar a importância da alimentação saudável, variada e balanceada;

(...).

i) **evitar a exploração de benefícios potenciais derivados do consumo do produto, como a conquista de popularidade, elevação de status ou êxito social, sexual, desempenho escolar, esportivo, dentre outros;**

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer **estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem**, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

4. A publicidade de bebidas não-alcoólicas deverá abster-se de gerar confusão quanto:

A) à qualidade, natureza e tipo de produto;

B) ao valor calórico do produto;

<sup>1</sup> <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>





## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

C) à sua natureza (natural ou artificial), bem como quanto à presença de aditivos, quando for o caso.

5. Na publicidade dos produtos submetidos a este Anexo adotar-se-á interpretação a mais restritiva quando:

A) for apregoadado o atributo “produto natural”;

**B) o produto for destinado ao consumo por crianças**

Como afirmado, a publicidade veiculada utilizava (a) ambiente familiar e escolar (com simulação de mãe/professora lendo o livro) (b) "diversos bichinhos para seu filho brincar" (c) "você e seu filho vão sorrir e pedir bis" (d) "pedir mais uma história com final feliz" (e) "habib's feliz".

Para completar a coleção era necessário adquirir 16 kits do Habib's e, se a criança tivesse interesse em também adquirir os livros – incluídos posteriormente, na 2ª fase da campanha – teria que adquirir novos 16 kits (totalizando 32 kits em 06 meses, mais de um por semana).

A publicidade, portanto, indicava consumo exagerado de produto não-saudável, escamoteava a venda dos produtos não-saudáveis com a inclusão de brinquedos e livros, utilizava ator interpretando personagem de professor/mãe, explorava a conquista da felicidade etc.

Se não bastasse, em pesquisa ao site do CONAR é possível localizar decisão do órgão propondo alteração de publicidade envolvendo brindes do 'batman' por "considerar flagrante no filme a vocalização de apelo de consumo por menores".

A publicidade dessa campanha "Batman: O Cavaleiro das Trevas Ressurge" não difere muito da publicidade objeto da presente demanda judicial, para comparar os anúncios basta acessar o link - <https://www.youtube.com/watch?v=ISpBYyIVu4A>.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

### 2.3 DA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL

Em fls. 317, a empresa afirma que "a promoção foi realizada durante o período de 6 (seis) meses (...) e distribuiu 1.500.000 (hum milhão e quinhentos mil) livros".

Em fls. 745 nota-se que mesmos os brinquedos – como caça-palavras – contém foto de batatas fritas e esfihas, sendo que as palavras que devem ser encontradas são: (a) batata (b) kit (c) laranja (d) suco (e) Habib's – nenhuma relacionada aos animais ou conteúdo dos livros.

Verifica-se, ainda, pelo contrato com a gráfica (fls. 850) que o Habib's encomendou 1,5 milhões de brinquedos, sendo que a divisão entre eles não foi igual, vejamos:

- (i) 120 mil unidades – abelha, borboleta, caracol, caraguejo, cobra, joaninha, lagarta, libelula, pato;
- (ii) 60 mil unidades – aranha, besouro, mosca, sapo, tartarga, pelicano, siri.

A prática de dividir os brinquedos em quantidades não-idênticas incentiva a aquisição acelerada dos kits para preencher a coleção completa, evitando falhas na coleção decorrentes do esgotamento antecipado de alguns itens.

#### Nem se diga sobre a necessidade de perícia-nutricional.

A tabela nutricional dos alimentos que compõe o kit, divulgada pela própria empresa - [https://www.habibs.com.br/pdf/tabela\\_Nutricional\\_Habibs.pdf](https://www.habibs.com.br/pdf/tabela_Nutricional_Habibs.pdf) - dispensa qualquer perícia nutricional para aferir que os alimentos não são saudáveis, vejamos:

- (i) Batata Frita – (a) Gordura total, 22% de uma dieta de um adulto (b) não possuindo nenhuma vitamina/fibra alimentar e sendo desprezíveis os índices de cálcio, ferro, potássio.
- (ii) Esfiha de Carne – (a) Gordura total e Sódio Total, 14% de uma dieta de um adulto
- (iii) Suco de Laranja - (a) 12% da caloria de um adulto (b) 19% dos



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

carboidratos (açúcar)

Considerando que o kit é formado por 02 esfihas, uma batata e um suco, temos que o valor total da tabela nutricional é de:

- (i) Calorias – 12 (suco) + 18 (02 esfihas de carne) + 13 (batata) = 43% da caloria de um adulto;
- (ii) Carboidratos (Açúcar) - 19 (suco) + 14 (02 esfihas de carne) + 11 (batata) = 44% de carboidrato de um adulto
- (iii) Gordura Total – 0 (suco) + 28 (02 esfihas de carne) + 22 (batata) = 50% de gordura de um adulto.

Certamente um kit infantil que tenha 43% de calorias, 44% de carboidratos e 50% de gordura recomendada para um adulto não pode ser considerável saudável – questão de dispensa qualquer dilação probatória.

Considerando, ainda, que a promoção vigorou por 06 meses e eram 16 os brinquedos colecionáveis, temos que era necessário adquirir um kit a cada 1 semana e meia.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

### 2.4 DA MULTA

A receita da empresa foi estimada em R\$ 800 milhões (fls. 650).

O PROCON estima a receita da empresa com base no número de lojas, funcionários e demais dados públicos, abrindo prazo para empresa impugnar a estimativa através de documentação oficial.

Contudo, compulsando os autos administrativos, verifica-se que não houve a devida impugnação da estimativa de receita.

Se não bastasse, em consulta de notícias próximas à época da estimativa, encontra-se notícias indicando que a receita da Alsaiva gira próximo de R\$ 2 bilhões, vejamos:

São Paulo - Diante da crise, a rede de fast-food Habib's busca diversificar as operações para manter as margens. **Com faturamento anual em torno de R\$ 2 bilhões**, a empresa agora investe em grandes complexos, que englobam as bandeiras Ragazzo e Habib's, além de um novo segmento dentro do varejo: postos de combustíveis.  
(<https://www.dci.com.br/comercio/habib-s-renova-atuac-o-e-mira-novos-mercados-1.609594>).

A rede Habib's, formada por 165 restaurantes em todo o País e dona de um faturamento da ordem de **US\$ 300 milhões** anuais, orgulha-se de sua política de preços e da democrática mistura de classes em seus restaurantes.  
(<https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20010302/habibs-alta-roda/21843>).

Portanto, caberia ao requerente apresentar impugnação tempestiva e instruída com ao menos um dos documentos elencados no art. 32 da Portaria nº 45/PROCON.

No mais, não há desproporcionalidade ou ilegalidade na multa aplicada.

Primeiramente, não se trata de multa tributária – mas sanção por violação às normas do direito do consumidor – não se aplicando o princípio do não-confisco ou demais princípios inerentes à capacidade contributiva do contribuinte.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Segundo, a dosimetria da pena de multa é definida por fórmula constante do art. 33 da Portaria nº 45 do Procon/SP, vejamos:

Art. 33. A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:

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

PE - definido pelo porte econômico da empresa;

REC - é o valor da receita bruta;

NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);

VAN - refere-se à vantagem.

A multa é fixada levando em consideração, além de outros critérios, o porte econômico da empresa.

Cabe ao interessado comprovar que os critérios objetivos adotados pelo PROCON se mostram equivocados, não sendo o caso de redução da multa por fundamentação genérica de proporcionalidade/razoabilidade.

Por fim, não há qualquer ilegalidade na Portaria Procon nº 45.

O art. 24 da Constituição Federal estabelece a competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre consumo e responsabilidade por dano ao consumidor.

Em outros termos, o art. 24 da Constituição Federal confere aos Estados o poder de suplementar a legislação federal se esta for insuficiente, mas, sendo suficiente, não obriga que o Estado reitere o sistema normativo já estabelecido.

No caso, há norma geral sobre Direito do Consumidor – Lei 8078/90 – não sendo necessário que o estado-membro edite lei idêntica ou similar ao CDC, sendo a legislação federal suficiente.

A Portaria Procon nº 45/2015 não tipifica condutas ilícitas, apenas estabelece critérios objetivos para fixação do *quantum* sancionatório de forma que, antes de ampliar a discricionariedade administrativa, a reduz - reforçando os princípios da legalidade e



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

impessoalidade com a definição de critérios prévios e objetivos para fixação da pena.

Portanto, o preceito primário – descrição da conduta ilícita – é realizada pelo CDC e pela legislação correlata, cabendo à Portaria tão-somente estabelecer balizas para a fixação do preceito secundário.

Se não bastasse, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que os critérios para o cálculo da multa a ser aplicada pelo PROCON são constitucionais.

**CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE.** Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada.

(TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: Órgão Especial; Data do Julgamento: 14/03/2012)

Note-se que, pelo princípio da continuidade normativa, não houve alteração da fórmula de cálculos da Portaria Procon nº 26/06.

### 3- CONCLUSÃO

Diante do exposto, o **PROCON/SP** pede a manutenção da sentença pelos seus próprios fundamentos.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

CLAUDIO HENRIQUE DE OLIVEIRA

Procurador do Estado

OAB/SP Nº 329.155