



Julian Fonseca Peña Chediak  
José Andrés Lopes da Costa  
Luiz Claudio Salles Cristofaro  
Carlos Eduardo Menezes Côrtes  
Marília dos Santos Dias Rennó  
Carlos Eduardo da Costa Pires Steiner  
Rafael Mendes Gomes  
Vladimir Mucury Cardoso  
Paulo Fischer Carneiro  
Patricia Regina Pinheiro Sampaio  
Pedro Henrique Schmidt de Arruda  
Caio Machado Filho  
Lidice Marques da Silva Xavier  
Julio Maia Vidal  
Flavio Aldred Ramacciotti  
Kárim Ozon Raad  
Ana Claudia de Povina C. Norberto  
Alexandre Herlin

Daniel Vio  
Rodrigo F. Vesterman Alcalde  
Léo Bosco Griggi Pedrosa  
Carlos Afonso Pereira de Souza  
Carolina Barros Fidalgo  
Ticiane Valdetaro Bianchi Ayala  
Juliana T. Mizumoto Akalshi  
Ana Carolina Cayres Szyfman  
Mônica Maria Mendes Tavares  
Bussiêre  
Frederico Garcia Diniz  
Vitor André Lopes da Costa Cruz  
Carolina Canal Gonçalves  
Anna Carolina Morizot Tourinho  
Joana Ribeiro da Costa  
Catarina Saldanha P. Monteiro  
Michelle Pimenta Perlini  
Breno Casich

Lilian Renata Aguiar dos Anjos  
Rafaela Coutinho Canetti  
Violeta Luiza Mendes Libergott  
Rafaela Gentil Gevaerd  
Fernanda Akiyo Mitsuya  
Luiz Felipe G. Cordeiro  
Gabriel Cozende Pereira Silva  
Astrid Monteiro C. G. de Lima Rocha  
Rafael Alencar Jordão  
Thales Mahatman Monteiro de Melo  
Denyse Marian Fernandes Mathiesen  
Pedro Henrique Castello Brigagão  
Marjorie Gressler Afonso  
Amanda Castelo Branco  
Victor de Castro Brum Reis  
Barbara Mengai Accioli  
Thaynara Oliveira Lapo  
Rafael Passos de Oliveira

Ana Luiza Massena Ferreira  
Cristina Carvalho Sumar  
Leonardo Alberto Souza e Silva  
Naiara Miranda Candido  
Andressa Soares Martins Moreira  
Gabriella L. da Fonseca Moscatelli Costa  
Guilherme Bardini Gil

**Consultores:**  
Pedro Paulo Cristofaro  
José Botafogo Gonçalves  
Clayton Salles Rennó

**EX.MO SR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Processo nº 1043711-20.2016.8.26.0053**

**MONDELÊZ BRASIL LTDA. (“MONDELÊZ BRASIL”)**, qualificada nos autos da ação anulatória em epígrafe, que move em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (“PROCON-SP”), vem, em atenção ao ato ordinatório de fls. 890-891, apresentar **CONTRARRAZÕES** em face da apelação de fls. 872-889, com fundamento no art. 1.010, § 1º, do Código de Processo Civil e nos termos das razões anexas, cuja juntada aos autos requer.

Termos em que  
pede deferimento.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

**CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES STEINER**

**OAB/SP nº 139.138**

**MARÍLIA DOS SANTOS DIAS RENNÓ**

**OAB/SP nº 332.066**

**CAROLINA BARROS FIDALGO**

**OAB/SP nº 340.928**

**GABRIEL COZENDEY PEREIRA SILVA**

**OAB/SP nº 336.176**

## CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

Juízo de origem: 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital  
 Número do processo: 1043711-20.2016.8.26.0053  
 Apelante: PROCON-SP  
 Apelada: Mondelêz Brasil

### RAZÕES DA APELADA MONDELÊZ BRASIL LTDA.

.I.

#### A SENTENÇA APELADA MERECE SER MANTIDA

1. Conforme muitíssimo bem colocado pelo MM. Juízo *a quo*, não são as crianças que compram gelatina. São os pais ou responsáveis que o fazem, e são esses mesmos pais e responsáveis que decidem quando comprar, qual marca de gelatina comprar, quais sabores comprar e quando preparar gelatinas e oferecê-las para o consumo dos menores. Nos termos da sentença:

**"Pois bem, a premissa para a imposição da autuação à autora é o fato de que a utilização de motivação fundada na 'Turma do Bob Esponja e o Bocão' nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa importariam em um aproveitamento da deficiência de julgamento e da experiência da criança. Um conhecimento mínimo da forma como se dá a aquisição dos produtos que são objeto de destaque na análise demonstra a ausência de fundamento na imputação.**

**Crianças não efetuam compras de gelatina; adultos compram gelatina com ou sem a companhia de crianças. E quando a compra se dá com a presença das crianças, não consigo vislumbrar como a criança participa da tomada de decisão em comprar a marca de gelatina distribuída pela autora ou o produto da concorrente.**

**Não bastasse, não entendo que o uso da imagem dos personagens da 'Turma do Bob Esponja e o Bocão' nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa de gelatinas importe em propaganda abusiva, pois efetivamente não promovem a publicidade discriminatória de**

qualquer natureza, não incitam à violência, não exploram o medo ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

No presente caso, não se verifica nenhuma abusividade, pois o produto que é objeto de comercialização não é comumente adquirido por crianças, mas sim por seus pais ou responsáveis. Portanto não há que se falar que o público alvo é um grupo hipossuficiente na matéria de experiência, influenciável pela propaganda incisiva patrocinada pela autora" (fls. 852-853).

2. A apelação não foi capaz de afastar a razão de decidir da sentença, qual seja: a de que a mediação do consumo por adultos nem mesmo permite cogitar a exploração de suposta hipossuficiência infantil.

3. A apelante, inclusive, concorda com a sentença e assenta que "*obviamente crianças não compram gelatinas, nem qualquer outra coisa. São sempre os pais que efetuam as compras de produtos destinados às crianças, sejam esses produtos remédios, brinquedos, roupas ou 'gelatinas'!*" (fl. 875).

4. A mediação do consumo infantil por adultos, aliás, é comportamento incentivado pela Mondeléz Brasil em suas campanhas publicitárias, conforme se comprova a fls. 779-782.

5. Nesse contexto, presumir que haja alguma influência de crianças nos atos de compra de pais ou de responsáveis em nada desqualifica o fato de que a decisão de compra e de consumo cabe a eles, pais e responsáveis, que têm plena capacidade para resistir a essa influência e avaliar se e quando eventual demanda de consumo infantil será atendida.

6. Ainda que assim não fosse, a sentença reconheceu, com esteio na jurisprudência do E. TJSP, que não há indícios sequer de abusividade potencial na campanha publicitária da apelada, não havendo ainda, em qualquer caso, provas de supostas consequências abusivas concretas dessa campanha.

7. Além disso, a apelante também não teve sucesso em caracterizar a suposta inadequação de outra premissa adotada pela sentença: a de que a observância das normas do CONAR afastou qualquer irregularidade no caso concreto.

8. Quanto a isso, os argumentos da apelante são juridicamente ilógicos, ao assumirem que não poderia haver mudança positiva de orientação nos precedentes do CONAR. Também são contraditórios, ao apontarem que o CONAR seria pró-mercado, mas ao apresentarem evidências de que a orientação desse órgão é, na verdade, em grande medida, pró-consumidor.

9. Com efeito, todos os argumentos da apelante se demonstraram inconsistentes, seja porque não atendem a critérios de lógica jurídica, seja porque não correspondem ao que foi sentenciado, seja, por fim, porque sequer se prestam a sustentar as alegações da própria apelante.

10. É o que se passa a demonstrar.

#### .1.1.

### **A mediação do consumo por adultos, estimulada pela Mondelēz Brasil, previne a exploração da hipossuficiência das crianças**

11. Conforme visto, a apelante concorda com a constatação da sentença de que "*crianças não efetuam compras de gelatina; adultos compram gelatina*" (fl. 862), mas, na sua opinião, essa premissa seria inadequada para fundamentar a decisão recorrida, como se observa da afirmação da apelante: "*daí, concluir-se que não há influência das crianças nas compras de produtos a elas destinados é uma ilação baseada apenas na subjetividade do julgador*" (fl. 876).

12. No entanto, **presumir que haja alguma influência de crianças nos atos de compra de pais ou de responsáveis em nada desqualifica o fato de que a decisão de compra e de consumo cabe a eles, pais e responsáveis, que têm plena capacidade para resistir a essa influência avaliar se e quando eventual demanda de consumo infantil será atendida.**

13. De fato, o que a sentença, acertadamente, deduz da premissa é que a mediação de adultos no consumo da gelatina Royal pela família – mediação estimulada pela Mondelêz Brasil em suas campanhas (fls. 779-782) – é suficiente para que não haja possibilidade de aproveitamento da deficiência de julgamento e de experiência dos menores. Nos termos da sentença:

**"Pois bem, a premissa para a imposição da autuação à autora é o fato de que a utilização de motivação fundada na 'Turma do Bob Esponja e o Bocão' nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa importariam em um aproveitamento da deficiência de julgamento e da experiência da criança. Um conhecimento mínimo da forma como se dá a aquisição dos produtos que são objeto de destaque na análise demonstra a ausência de fundamento na imputação.**

**Crianças não efetuam compras de gelatina; adultos compram gelatina, com ou sem a companhia de crianças. E quando a compra se dá com a presença das crianças, não consigo vislumbrar como a criança participa da tomada de decisão em comprar a marca de gelatina distribuída pela autora ou o produto da concorrente.**

**Não bastasse, não entendo que o uso da imagem dos personagens da 'Turma do Bob Esponja e o Bocão' nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa de gelatinas importe em propaganda abusiva, pois efetivamente não promovem a publicidade discriminatória de qualquer natureza, não incitam à violência, não exploram o medo ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.**

**No presente caso, não se verifica nenhuma abusividade, pois o produto que é objeto de comercialização não é comumente adquirido por crianças, mas sim por seus pais ou responsáveis. Portanto não há que se falar que o público alvo é um grupo hipossuficiente na matéria de experiência, influenciável pela propaganda incisiva patrocinada pela autora" (fls. 852-853).**

14. Além disso, ainda que, *ad argumentandum*, não houvesse essa mediação, a sentença deixa claro – com fundamento da jurisprudência E. TJSP, conforme se verá a seguir, neste item – que **a campanha publicitária da apelada não poderia ser caracterizada como abusiva, porque os produtos em questão "não promovem a publicidade discriminatória de qualquer natureza, não incitam à violência, não exploram o medo ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os**

**consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".**

15. Por fim, ainda *ad argumentandum tantum*, mesmo que houvesse qualquer aspecto *potencialmente* abusivo na campanha publicitária em comento, a apelante nunca demonstrou que os produtos da apelada tenham ocasionado sequer 1 (um) caso de influência de crianças, determinante ou não, nas decisões de compras do produto em questão por pais e responsáveis. De fato, a apelação – assim como a contestação e as manifestações da apelante no processo administrativo sancionador anulado pela sentença – não apresenta uma única prova concreta da suposta abusividade da propaganda em questão.

16. A apelante chega a afirmar que cabe ao aplicador da norma inferida do art. 37, *caput* e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor "*subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida*" (fl. 880). Todavia, na condição de autoridade administrativa sancionadora, nunca cumpriu a primeira etapa do juízo de subsunção, qual seja: provar a ocorrência de fatos concretos. Além de não provar a ocorrência de 1 (um) caso sequer de influência abusiva de crianças nas decisões de compras do produto em questão por pais e responsáveis, a apelante:

- Não prova que sequer 1 (uma) criança tenha consumido o produto exclusivamente por causa da embalagem, das figurinhas não colecionáveis ou do site da promoção, nem que a qualidade do produto não foi o principal interesse de pais ou responsáveis no ato de compra;
- Não prova, nem poderia provar, que as figurinhas em questão seriam colecionáveis, porque não foram concebidas para fins de coleção e não foram apresentadas ao público em nenhum momento como colecionáveis, tendo apenas finalidade de mero entretenimento de crianças – *ad argumentandum*, ainda que assim não fosse, a prática não é vedada, conforme a apelada demonstrou a fls. 23 e ss. destes autos e tornará a evidenciar a seguir, neste item, com base na jurisprudência do E. TJSP;

- Vincula a caracterização de publicidade abusiva ao suposto incentivo a um “*consumo desenfreado*”, mas não prova que a campanha publicitária da apelada tenha causado semelhante comportamento em sequer 1 (uma) criança; e
- Não prova que sequer 1 (uma) criança tenha consumido o produto excessiva ou exageradamente por causa da campanha publicitária da apelada, nem que esse consumo tenha causado problemas de saúde em qualquer criança, lembrando sempre que o produto não pode ser consumido de imediato, tem que ser preparado com atencendência, necessariamente por um responsável.

17. Em vez de apresentar provas, a apelante se socorre de estratégia paliativa de referência a fontes legais e doutrinárias esparsas e abstratas, que, apesar de justificarem genericamente a vedação à publicidade infantil *abusiva*, em nada assistem o argumento de que supostamente teria ocorrido publicidade abusiva no caso destes autos. Nessa esteira, tanto a apelação quanto a contestação, no esforço de tentar justificar essa suposta abusividade, trazem como únicos fundamentos:

- Dispositivos legais e constitucionais que garantem a proteção à criança e ao adolescente (fls. 795-796 e 800-802 da contestação e 879-880 e 886 da apelação);
- Autores que tratam da necessidade de proteção especial à criança em face da publicidade abusiva (fls. 796-799 e 811-812 da contestação e 879-881 da apelação);
- Exemplos de como outros países regulamentariam o assunto (fls. 797 e 809 da contestação e 877 e 886 da apelação);
- Referência a empresas que passariam a restringir a publicidade infantil de seus refrigerantes a partir de 2008 (fl. 808 da contestação e fl. 886 da apelação);

- Declaração do Instituto Alana sobre um documentário (fl. 799 da contestação e 877 da apelação); e
- Estatísticas que sequer representam chances tão altas de ocorrência de suposto comportamento nocivo infantil a ponto de autorizarem pressuposição de que ocorram sempre ou quase sempre, ou seja, a ponto de dispensarem prova de que tenham efetivamente ocorrido no caso destes autos (fls. 806-808 da contestação e 877-878 da apelação).

18. Portanto, a “subsunção” que a apelante afirma ter feito para aplicar o art. 37, *caput* e § 2º, do CDC parte da premissa maior da lei, mas, em vez de considerar fatos *concretos* na premissa menor, considera opiniões, exemplos e estatísticas duvidosas para, enfim, concluir, em síntese, e equivocadamente, pela caracterização de publicidade abusiva no caso. Não há lógica jurídica que justifique esse procedimento.

19. Ademais, **esse absurdo evidencia que a apelante – embora tenha alegado em diversos momentos, nestes autos, que a legalidade em tese da publicidade infantil não estaria em discussão (fls. 794, 805, 808 e 885) – reputa abusiva qualquer campanha publicitária voltada a crianças, a despeito de inexistirem sequer indícios de abusividade concreta ou potencial, com claro intuito de proscrever toda publicidade infantil do ordenamento jurídico brasileiro, ao arrepio dos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade de expressão (art. 5º, II, IV e IX, da Constituição da República).**

20. Os argumentos da apelante poderiam se aplicar a qualquer produto voltado ao público infantil.

21. Felizmente, contudo, esse intuito foi acertadamente rechaçado pela sentença, com fundamento na jurisprudência recente do E. TJSP:

**“Em matéria de propaganda abusiva ou enganosa, entendo que não se possa partir de critérios hipotéticos, imprecisos e dissociados na realidade prática. Necessário se faz a apuração concreta do conteúdo veiculado e a demonstração da forma como essa propaganda atinge ao grupo de proteção especial, no caso, as crianças e adolescentes. Não**



**caracteriza a ofensa, na forma do dispositivo legal empregado como arrimo jurídico, não deve prevalecer a atuação administrativa.**

**Nesse sentido, consignem-se julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido:**

*Ementa: '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'. (Apelação nº 1010889-46.2014.8.26.0053, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Rel. Des. MOREIRA DE CARVALHO, j. em 25.4.2016)*

*Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. MULTA POR PROPAGANDA. PROCON. Empresa multada com fundamento na prática de propaganda enganosa, nos termos do artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade no presente caso, haja vista que a campanha publicitária não ofendeu o consumidor hipossuficiente. Princípio da livre concorrência. Sentença reformada. Recurso provido. (Apelação nº 0013713-29.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. MARCELO BERTHE, j. em 26.1.2015)" (fls. 863-864).*

22. Vale transcrever trecho do voto condutor do primeiro precedente citado pela sentença, que ressalta a licitude da publicidade infantil não abusiva e que demonstra o quanto é deturpada a ideologia do Instituto Alana e do PROCON-SP de banir qualquer forma de publicidade infantil, em desrespeito direto à lei:

*"A controversa gravita na possibilidade de anulação de ato administrativo com vistas a desconstituir o Auto de Infração lavrado pelo Procon, em virtude de **denúncia de caráter ideológico formulada pelo Instituto Alana**, na qual foram atribuídas à Mattel eventual violação ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor. (...) **É importante consignar que a reclamação realizada pelo Instituto Alana pressupõe que a publicidade dirigida ao público infantil já seria, por si só, abusiva. Todavia, impertinente tal argumento, pois impossível conceber que apenas a publicidade infantil já induz abusividade conforme alega o apelante, afinal existem padrões éticos para as publicidades que visam alcançar ao público infantil, os quais estão dispostos no art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. Constata-se dos autos que referidos padrões foram observados pela apelada, pois inexistente discriminação ou incitação à violência, exploração de medo ou desrespeito aos valores ambientais, indução das crianças a um comportamento adulto, ou aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança. O fato de a publicidade ser endereçada ao público menor não significa a ocorrência de afronta ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, o qual disciplina***

**diretrizes em relação ao tema e veda publicidade que explore a ingenuidade da criança. Para que haja violação ao referido dispositivo é necessário abusividade na conduta, o que não ocorreu in casu. Aliás, ao contrário do que sustenta apelante, fato é que nem o Código de Defesa do Consumidor, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco Código de Auto-Regulamentação Publicitária proíbem a publicidade infantil**<sup>1</sup>.

23. Podem ser facilmente referidos diversos outros precedentes recentes do E. TJSP nesse sentido, em que se aponta, inclusive, como conduta idêntica à da apelante viola o art. 5º, II, IV e IX, da Constituição da República:

EMENTA: "Ação Civil Pública. **Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado ao 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 infante-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".

TRECHO DO VOTO CONDUTOR: "**não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil. Tal qual pretendido pelo apelante, estaria o Poder Judiciário, ao arrepio dos princípios constitucionais e da Lei, a promover censura prévia, e, portanto, a cercear a manifestação do livre pensamento (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição da República). Como toda liberdade pública, a do livre pensar não é plena, e, portanto, comporta limitação, não à luz da discricionariedade dos agentes políticos do Estado, mas sim nas margens dos mandamentos constitucionais e da lei**"<sup>2</sup>.

24. Entre esses precedentes, fica claro, também, que não há qualquer vedação à oferta de brindes no âmbito da publicidade infantil:

EMENTA: "**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 n º 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**".

<sup>1</sup> TJSP, apelação nº 1010889-46.2014.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 25/04/2016.

<sup>2</sup> TJSP, apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 10/09/2011.

TRECHO DO VOTO CONDUTOR: "*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. (...) Daí que a estratégia publicitária não será sempre abusiva. 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*"<sup>3</sup>.

EMENTA: "APELAÇÃO. Publicidade abusiva. Pretensão anulatória de auto de infração e imposição de multa do PROCON. Indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência de crianças. *Não verificação, in casu, de abusividade. Inteligência do art. 37, § 2º, do CDC. Campanha publicitária que se ateuve aos limites da livre concorrência e da legalidade. Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente. Sentença de procedência reformada apenas para redução da verba honorária, ante a necessária equidade - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo Procon*"

TRECHO DO VOTO CONDUTOR: "*A discussão central do feito, devolvida em decorrência da apelação, é se a campanha publicitária veiculada pela autora foi abusiva, ou não, por aproveitamento da deficiência de julgamento e da falta de experiência de crianças, conforme dispõe o § 2º do art. 37 do CDC, a autorizar a aplicação de multa pela ré. A empresa Sadia S/A (autora), por ocasião dos Jogos Pan-Americanos de 2007, veiculou campanha publicitária destinada ao público infanto-juvenil denominada 'Mascotes Sadia', cujo mote era a aquisição de um mascote da autora, caracterizado em 5 (cinco) versões diferentes, respeitando-se 5 (cinco) categorias esportivas distintas, representadas em diferentes uniformes que o boneco ostentava*"<sup>4</sup>.

25. Sendo assim, é a apelante quem está fazendo ilações subjetivas ao pressupor, com fundamento em opiniões, exemplos e "estatísticas", que alguma criança teria sido

<sup>3</sup> TJSP, apelação nº 18234-17.2013.8.26.0053, Rel. Des. Fermino Magnani Filho j. 29/06/2015.

<sup>4</sup> TJSP, apelação nº 0025180-44.2009.8.26.0053, Rel. Des. Vicente Abreu Amadei, j. 27/22/2012.

abusivamente afetada pela publicidade do produto em questão e, além disso, influenciado as compras dos adultos por causa da campanha publicitária da apelada. **Vale lembrar, ainda, que não só a compra, mas principalmente a preparação do produto em questão (gelatina) deve necessariamente ser realizada por adultos, o que por si só previne qualquer suposta exploração da hipossuficiência das crianças para estimular consumo.**

26. Conforme registrado na sentença, na esteira da jurisprudência do E. TJSP, os produtos em questão "*não promovem a publicidade discriminatória de qualquer natureza, não incitam à violência, não exploram o medo ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*" (fls. 852-853).

27. No entanto, conforme visto, essa suposta influência, ainda que, *ad argumentandum*, tivesse ocorrido, em nada desqualifica o fato de que a decisão de compra, de preparação e de consumo cabe a pais e responsáveis, que têm plena capacidade para resistir a essa influência e avaliar se e quando eventual demanda de consumo infantil será atendida.

## .1.2.

### **A observância das normas do CONAR afastou qualquer irregularidade no caso concreto**

28. A segunda premissa supostamente inadequada para sustentar as conclusões do MM. Juízo *a quo*, segundo a apelante, seria a de que a observância do código do CONAR afastou qualquer irregularidade no caso concreto (fl. 881). Na opinião da apelante, essa premissa seria inadequada (i) porque os precedentes do CONAR seriam contraditórios e (ii) porque o CONAR seria um órgão pró-mercado. Nas palavras da apelante:

*"Suas recomendações [do CONAR], embora devessem refletir as determinações do referido Código, estão influenciadas pela ótica do mercado publicitário.*

*A suposta aprovação do Conar à publicidade veiculada, não é suficiente para demonstrar sua não abusividade, vez que o órgão prima pela falta de lógica.*

*Basta verificar, e isso é fato notório, sua atuação na publicidade de cervejas. Durante anos, todos os produtores de cerveja usaram e abusaram da imagem da mulher para promover suas marcas. E, frise-se, usaram e abusaram de mulheres seminuas, com apelo explícito à sensualidade.*

*Eis que, de repente, sem qualquer lógica, retira do mercado publicidade de cerveja onde uma mulher, inteiramente vestida, oferecia, de maneira sensual, uma cerveja (Devassa). E o fez sob alegação de que a propaganda fere os direitos das mesmas mulheres, cuja imagem e sensualidade foi explorada à exaustão, durante anos e anos.*

*É o que se evidencia em grande parte dos julgamentos, em que os dispositivos do Código são interpretados de acordo com a ética do mercado, que não necessariamente leva em consideração os direitos dos consumidores.*

(...)

*A opinião de publicitários acerca da questão, obviamente, visa defender os interesses da classe, ou seja, limitar a própria atividade significaria diminuir seus lucros. Principalmente no caso da publicidade ao público infantil, forte mercado desses profissionais" (fls. 881-882).*

29. Fica difícil entender o que a apelante quis dizer com a alegação de que o CONAR "*prima pela falta de lógica*". O exemplo que usa para sustentar essa alegação critica uma mudança positiva nos precedentes do órgão, acerca da proteção aos direitos da mulher, como se o CONAR – ou qualquer outro órgão judicante, inclusive do Poder Judiciário – tivesse um dever absoluto de coerência que proibisse a mudança de orientações, principalmente quando a mudança venha a promover proteção mais ampla a direitos fundamentais, como no exemplo referido pela apelante.

30. Outro problema dessa alegação é que a apelante infere, desse exemplo, que o CONAR teria postura enviesada, em desfavor dos consumidores. Todavia, o que o exemplo mostra é que o CONAR mudou orientação para interpretar seu código em favor dos direitos dos consumidores e das mulheres. Portanto, além de não evidenciar a "*falta de lógica*" referida, o exemplo citado acaba por referendar justamente o contrário do que está sendo alegado pela apelante acerca da suposta parcialidade do CONAR.

31. Além disso, *ad argumentandum tantum*, ainda que as supostas incoerência e parcialidade do CONAR prejudicassem a força de suas normas e de seus precedentes, não haveria como a sentença concluir senão que a observância dessas normas, no caso concreto

destes autos, afastou a ocorrência de irregularidades. Isso porque, conforme visto mais de uma vez nestas contrarrazões, a apelante não provou em nenhum momento que a campanha publicitária da apelada foi abusiva. Nos termos da sentença:

*"O fato da propaganda dos produtos atender ao Código Brasileiro de Autoregulação Publicitária e aos termos do Compromisso Público de publicidade de alimentos e bebidas destinados a crianças, firmado pela Associação Brasileira de Indústrias de Alimentação e a Associação Brasileira de Anunciantes, por si só, não seria fundamento o bastante para o afastamento da autuação. Do contrário, estar-se-ia limitando o poder fiscalizador próprio da autarquia estadual, afastando de análise e penalização programas publicitários ou anúncios de produtos potencialmente lesivos à crianças e adolescentes. Entretanto, é de se reconhecer que a divulgação dos produtos pela ré [leia-se: autora, ora apelada], ao atender os protocolos acima mencionados, afastou eventual alegação de que se faz presente a potencialidade lesiva que levou à autuação administrativa" (fl. 863).*

32. Ao que parece, todavia, a apelante reconhece a força argumentativa dos precedentes do CONAR. Contraditoriamente a suas alegações de que as orientações desse órgão não deveriam ser adotadas pela sentença, porque seriam incoerentes e pró-mercado, a apelante usa precedente do CONAR para fundamentar suas razões de apelação.

33. No entanto, além de se contradizer, a apelante mais uma vez se atrapalha e apresenta argumento que não fundamenta suas alegações. Trata-se, inclusive, da mesma inconsistência verificada na contestação e apontada na réplica (fls. 845-848), que a apelada não se deu o trabalho de corrigir.

34. A decisão do CONAR a que a apelante se refere foi proferida no âmbito da Representação nº 205/2007. Conforme relata, a representação versa

*"(...) sobre a promoção 'É hora de Shrek', relativa aos produtos alimentícios da linha 'Gulosos' da marca Bauducco, em que o anúncio utilizava criança para vocalizar apelo ao consumo, no sentido de que bastava juntar 5 (cinco) embalagens de qualquer desses produtos, acrescidas de R\$ 5,00 (cinco reais), para trocar por um dos 4 (quatro) modelos diferentes de relógios exclusivos do filme 'Shrek Terceiro'" (fl. 886-887).*

35. Também segundo o relato da apelada, esse caso seria *"bem semelhante ao que aqui se discute"*, e o CONAR teria entendido que *"houve estímulo ao consumo excessivo,*

concedendo liminar para suspender a publicidade e, ao final, determinando sua sustação definitiva" (fl. 887).

36. O caso, sem dúvida, é paradigmático, mas **não porque evidencie que a publicidade infantil é vedada sem que haja provas de abusividade, mas porque demonstra que a abusividade tem que estar claramente demonstrada** – no caso desse precedente, principalmente pela prática de venda casada e também pelo uso de verbos no imperativo no que seria publicidade destinada a crianças – para que essa vedação ocorra.

37. O equívoco da apelada reside, portanto, em ver semelhança do caso de que tratam estes autos com um caso distinto. Conforme referido pela apelada na petição inicial e na réplica, esse caso foi levado à apreciação do E. TJSP, que evidenciou como a caracterização da irregularidade, quando efetivamente ocorre, é facilmente verificável, sendo desnecessário, para concebê-la, o uso de razões desconexas para substituir a falta de argumentos racionais e empíricos.

38. Conforme a ementa do acórdão do E. TJSP deixa transparecer, a publicidade infantil abusiva ocorreu, nesse caso, porque, direcionando-se a crianças, fez uso de estratégia de venda casada e de linguagem imperativa ("compre", "peça", etc.), tendo sido ressaltado que a conduta é vedada pelo CONAR. Transcrição de trecho do voto do relator deixa isso mais evidente:

**EMENTA: "Ação Civil Pública - Publicidade voltada ao público infantil - Venda casada caracterizada - Aquisição dos relógios condicionada à compra de 05 produtos da linha 'Gulosos' - Campanha publicitária que infringe o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária - Utilização de verbos no imperativo inadequada - Proibição pelo Conar do uso dessa linguagem em publicidade voltada às crianças - Prática comum, que deve ser repudiada - Publicidade considerada abusiva, que se aproveita da ingenuidade das crianças - Sentença reformada - Apelo provido - Verbas sucumbenciais impostas à ré".**

**TRECHO DO VOTO CONDUTOR: "Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 974/982, que julgou improcedente a Ação Civil Pública movida por Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Pandurata Alimentos Ltda. (...) Afirma que houve venda casada, pois a compra dos relógios era condicionada à compra dos biscoitos da linha 'Gulosos'. Tratava-se de uma estratégia de marketing, que resultou na campanha 'É Hora de Shrek'. Com ela, os relógios de pulso com a imagem do Shrek e de outros personagens do desenho poderiam ser adquiridos com 05 embalagens dos produtos 'Gulosos' e mais R\$ 5,00. (...) É o relatório. O**

apelo merece provimento. (...) A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos 'Gulosos' investiu na conhecida modalidade de atrelar um 'brinde' à aquisição dos produtos da marca. A palavra 'brinde' significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que **os 'brindes' deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores pagavam pelo 'brinde'.** (...) **Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.** O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja. Considerando-se essa situação, a publicidade induzia as crianças a quererem os produtos da linha 'Gulosos' para poderem obter os relógios. Havendo 04 tipos de relógio à disposição, seriam 20 produtos adquiridos. (...) **No caso, ainda existe a questão da utilização de verbos no imperativo, ou seja, existe verdadeira ordem para que a criança adquira os produtos e colecionos os relógios. O Conar repudia esse tipo de linguagem nas publicidades voltadas ao público infantil. Assim, ainda que, em um primeiro momento, a campanha publicitária se mostre normal e aceitável, existem elementos que a tornam abusiva e que passam despercebidos aos leigos e distraídos. É preciso, portanto, repudiá-la e exigir que, em uma próxima vez, a empresa aja de forma mais adequada**<sup>5</sup>.

39. Essa decisão, por fim, foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 1.558.086-SP, cujo acórdão é citado na apelação à fls. 887-888<sup>6</sup>. Esse acórdão também não fundamenta as alegações da apelante, seja porque está

<sup>5</sup> TJSP, apelação nº 342384-90.2009.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 08/05/2013.

<sup>6</sup> EMENTA: "PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente 'venda casada', ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha 'Gulosos'. Recurso especial improvido". VOTO CONDUTOR: "(...) DO MARKETING ABUSIVO DIRIGIDO ÀS CRIANÇAS. É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). DA VENDA CASADA. A controvérsia cinge-se a saber se ficou configurada a venda casada na estratégia de marketing desenvolvida pela recorrente, na qual, mediante 5 (cinco) rótulos de produtos da linha 'Gulosos', o consumidor poderia comprar um relógio pelo valor de R\$ 5,00 (cinco reais). O Tribunal de origem, ao analisar todo o contexto fático da causa, assentou que ficou configurada a venda casada no caso dos autos, pois os consumidores só poderiam adquirir o relógio se comprassem 5 (cinco) produtos da linha 'Gulosos' e mediante o pagamento de R\$ 5,00 (cinco reais). (...) **Dessa forma, irretocável o acórdão da origem**, ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos a comprar determinados produtos que efetivamente não desejam" (REsp 1558086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016).



de acordo com as decisões do CONAR e do E. TJSP no mesmo caso, referidas acima, e que não fundamentam essas alegações, seja porque concorda com outros precedentes do CONAR que consideram abusiva a publicidade infantil não pela presença de brindes ou de colecionáveis – embora não se trate de colecionáveis nestes autos –, mas pelo uso de imperativos e pela ocorrência de venda casada<sup>7</sup>.

40. A segunda premissa adotada pela sentença, portanto, é adequada para justificar a conclusão de que não ocorreu publicidade abusiva no caso, seja porque não se demonstrou qualquer incoerência desabonadora das orientações do CONAR, seja porque os exemplos e precedentes citados pela própria apelante evidenciam que não há o alegado viés pró-mercado no âmbito do referido órgão, seja porque, por fim, na ausência de provas acerca das alegações da apelante, não restou ao MM. Juízo *a quo* alternativa senão considerar que a observância das orientações e normas do CONAR afastou qualquer irregularidade no caso concreto.

## .II.

### SUBSIDIARIAMENTE

#### Valor da multa

41. *Ad argumentadum tantum*, caso o E. TJSP entenda por reformar a sentença com relação aos pedidos principais da apelada, será oportuno reconsiderar questões subsidiárias atinentes ao valor da multa aplicada no processo administrativo sancionador em questão.

42. Não se trata de discutir a constitucionalidade ou a legalidade das normas internas do PROCON-SP que estabelecem os critérios para cálculo de multas administrativas. Trata-se (i) da violação, pela apelante, aos direitos do contraditório e da ampla defesa, por não ter explicitado o cálculo do valor da multa, e (ii) da desproporcionalidade do valor dessa multa. Vejamos.

<sup>7</sup> Representações 345/08 e 346/08, fls. 26-27.

**.II.1.****Ausência dos demonstrativos de cálculo e violação à ampla defesa e ao contraditório**

43. A apelante, na contestação, faz referência aos artigos 56 e 57 do CDC e a normas internas do PROCON-SP para "concluir" que teria considerado os "*elementos legais*" para o cálculo da multa (fls. 812-814).

44. No entanto, a apelante não demonstrou, em nenhum momento, nem nas memórias de cálculo de fls. 520 e 571, como foram empregados os critérios para fixação de multas que constam das normas internas do PROCON-SP.

45. De fato, tanto a primeira memória de cálculo referida, de fl. 520, elaborada na vigência da portaria nº 26/2006 do PROCON-SP, quanto a segunda memória de cálculo mencionada acima, de fl. 571, elaborada já na vigência da portaria nº 45/2015, não fazem mais do que apresentar o valor já calculado da multa.

46. No entanto, o art. 18 da portaria nº 26/2006 determinava que o cálculo de multa deveria ocorrer mediante uso de fórmula matemática expressamente definida:

*"Artigo 18 - 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'*

*Onde:*

*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".*

47. No mesmo sentido, dispõe o art. 33 da portaria nº 45/2015:

*"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'*

*Onde:*

*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".

48. Sendo assim, era dever da apelante demonstrar como foi obtido o valor total da multa por intermédio do uso das fórmulas matemáticas referidas, inclusive demonstrando o raciocínio empregado a fim de obter o valor de cada uma das variáveis dessas equações.

49. Não tendo procedido dessa forma, inquinou a cominação de multa de nulidade, porque a sanção decorreu de violação aos direitos fundamentais da apelada à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República e art. 22 da lei estadual nº 10.177/1998).

## .II.2.

### Desproporcionalidade do valor da multa

50. Como se sabe, o princípio da proporcionalidade impõe, no âmbito do direito penal e do direito administrativo sancionador, "*a necessidade de se medirem as sanções de acordo com a gravidade da infração, numa justa proporção ou adequação entre os meios e os fins empregados*"<sup>8</sup>.

51. A incidência do princípio da proporcionalidade no presente caso é, por conseguinte, inafastável, de forma que a aplicação de sanção superior à mínima necessária à preservação do bem jurídico tutelado macula o ato administrativo de insanável vício de inconstitucionalidade.

52. A jurisprudência, em igual sentido, exige a obediência do critério da proporcionalidade na imposição de toda e qualquer sanção administrativa, conforme se pode constatar dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

*"ADMINISTRATIVO – PENA DE PERDIMENTO – EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA INTERNADA NO BRASIL. As regras de direito tributário devem ser aplicadas sem perquirir o intérprete a intenção do contribuinte. Diferentemente, **as***

<sup>8</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 596-597.

**regras que impõem sanção administrativa devem ser aplicadas dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando as circunstâncias fáticas, devidamente comprovadas, demonstram a não-intenção do agente no cometimento do ilícito.** Embarcação estrangeira que ingressa para permanência temporária no país apenas para realização de obras e reparos necessários em estaleiro nacional, sem nenhuma intenção de deixar internalizado o bem apreendido. Aplicação exacerbada e desproporcional da pena de perdimento. Recurso especial improvido<sup>9</sup>.

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. PREENCHIMENTO INCORRETO DA DECLARAÇÃO. **MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INAPLICABILIDADE. PREJUÍZO DO FISCO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.** 1. A sanção tributária, à semelhança das demais sanções impostas pelo Estado, é informada pelos princípios congruentes da legalidade e da razoabilidade. 2. **A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.** 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade 'aquilo que não pode ser'. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. **Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.** 4. À luz dessa premissa, é lícito afirmar-se que a declaração efetuada de forma incorreta não equivale à ausência de informação, restando incontroverso, na instância ordinária, que o contribuinte olvidou-se em discriminar os pagamentos efetuados às pessoas físicas e às pessoas jurídicas, sem, contudo, deixar de declarar as despesas efetuadas com os aludidos pagamentos. 5. Deveras, não obstante a irritualidade, não sobejou qualquer prejuízo para o Fisco, consoante reconhecido pelo mesmo, porquanto implementada a exação devida no seu quantum adequado. (...) 7. Desta sorte, assente na instância ordinária que o erro no preenchimento da declaração não implicou na alteração da base de cálculo do imposto de renda devido pelo contribuinte, nem resultou em prejuízos aos cofres públicos, depreende-se a **ausência de razoabilidade** na cobrança da multa de 20%, prevista no § 2º, do Decreto-Lei 2.396/87"<sup>10</sup>.

53. Há precedentes, também, nos quais o valor da multa aplicado pelo ente fiscalizador foi minorado pelo Poder Judiciário, a despeito da irregularidade praticada, justamente por não se ter verificado a ocorrência de dano efetivo. Confira-se:

<sup>9</sup> REsp 576.300/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 348.

<sup>10</sup> REsp 728.999/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.09.2006, DJ 26.10.2006, p. 229.

EMENTA: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. Sentença que diminuiu o valor da multa. Auto de infração lavrado pelo PROCON, imputando à autora violação aos arts 18, § 6º, inc I e 31, do CDC, ao expor à venda produtos com prazo de validade vencido e sem informação precisa sobre os preços. **Valor fixado desproporcional ao potencial dano causado.** Honorários advocatícios bem fixados. Sentença mantida. Recursos oficial e voluntários da autora e da ré improvidos".

TRECHO DO VOTO CONDUTOR: "**No caso em tela, a Administração, na pessoa do PROCON, não observou os princípios que norteiam a atividade administrativa pública. Com efeito, a sanção aplicada deve ter por critério aquele apontado pelo legislador, no art. 57, do Código de Defesa do Consumidor, que são: a gravidade da infração, vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. Evidentemente que a multa aplicada no valor de R\$ 179.945,32 se mostrou absurda e fora dos critérios legais, pois gerou verdadeira assimetria entre a totalidade dos bens envolvidos e o valor imposto como penalidade, representando sim verdadeiro confisco, fato que desvirtua a finalidade da sanção. Houve violação do princípio da razoabilidade, diante da desproporcionalidade da pena em face do valor dos bens colocados à venda. No momento em que a sanção, no caso a multa, não observou os ditames legais, extravasando os limites e pressupostos das normas que regem a questão, impõe-se a sua revisão, como bem decretada**"<sup>11</sup>.

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. **OPERAÇÃO SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. MULTA APLICADA.** COMPETÊNCIA COMUM DO IBAMA PARA FISCALIZAR. ART. 23 DA CONSTITUIÇÃO. OMISSÃO DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. **PROPORCIONALIDADE DA MULTA.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Cuida-se de apelação interposta de sentença que julgou improcedente o pedido formulado na peça vestibular, qual seja, o de invalidação da multa administrativa aplicada pelo réu - IBAMA - à empresa autora - HOTEL PARQUE DA COSTEIRA S/A - nos processos administrativos nº 02021.000469/2009-72, por operar empreendimento potencialmente poluidor sem licença do órgão ambiental competente. (...) 11. Desta feita, apesar de a empresa autuada estar estabilizada no mercado há décadas, com faturamento bruto elevado, e de as atividades desenvolvidas pelos empreendimentos hoteleiros estarem elencadas na Resolução nº 237/97 do CONAMA como potencialmente poluidoras do meio ambiente, ainda assim é de se entender que **a multa aplicada se mostra bastante elevada e, portanto, desproporcional ao risco que representam, de natureza apenas potencial. Portanto, deve ser reduzida para 50% (cinquenta por cento) do valor inicial**"<sup>12</sup>.

"**ADMINISTRATIVO. MULTA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO DA PENALIDADE APLICADA. POSSIBILIDADE.** APELO IMPROVIDO. 1. Trata-se de apelação

<sup>11</sup> TJSP, apelação nº 9076962-38.2005.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Santana, j. 05/05/2010.

<sup>12</sup> 00076404920104058400 – Apelação Cível - Des. José Maria Lucena - Data: 20/03/2014 - Primeira Turma - TRF5.

*interposta pelo INMETRO - INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL, que em sede de ação ordinária em que se objetiva a anulação do auto de infração ou, ao menos, a redução da penalidade ao mínimo previsto, julgou parcialmente procedente o pedido, reduzindo a multa aplicada de R\$3.133,44 (três mil, cento e trinta e três reais e quarenta e quatro centavos), ao mínimo previsto no art. 9º, I, da Lei nº 9.993/99. 2. A controvérsia resume-se na análise da possibilidade do Poder Judiciário de apreciar a penalidade aplicada pela administração, reduzindo a multa imposta pela autoridade fiscalizadora. 3. A autoridade fiscalizadora deve agir pautada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não podendo fixar aleatoriamente multa, no valor acima do mínimo previsto, sob o argumento de atuar no campo da discricionariedade, **cabendo, no entanto, ao Judiciário analisar a proporcionalidade de referida penalidade aplicada pela administração e reduzi-la quando imposta em patamar excessivo**, sem caracterizar invasão ao mérito administrativo. (...) 5. Considerando, assim, que no caso em tela, foi apreendido um produto fabricado pela autora que se encontrava exposto em ponto de venda, sem possuir a Etiqueta Nacional de Conservação de Energia (ENCE). **Como a simples ausência da referida etiqueta não teve o condão de trazer prejuízos aos consumidores**, bem como, não foi auferida qualquer tipo de vantagem pela parte autora, se entende que **o valor que lhe foi imputado é desproporcional e não razoável, merecendo assim, ser modificado**"<sup>13</sup>.*

54. A apelante, no entanto, na contestação, também faz referência aos mesmos artigos 56 e 57 do CDC e normas internas do PROCON-SP para "concluir" que se utilizou da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do valor da multa, tão somente porque teria considerado os tais "*elementos legais*" em seu cálculo (fls. 812-814).

55. No entanto, se a apelante sequer conseguiu demonstrar como esse cálculo foi feito, muito menos conseguiu evidenciar de que forma teria considerado os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade no estabelecimento da sanção.

56. A apelante apenas afirma, acerca do valor da multa, que "*seu montante não se mostrou ínfimo, incapaz de desestimular a reiteração de condutas lesivas, nem excessivo, a ponto de inviabilizar a atividade econômica*" (fl. 814). Apesar de reconhecer que não foi auferida eventual vantagem da suposta infração considerada, desconsidera que essa suposta infração também não trouxe nenhum dano comprovado a consumidores. A apelante também afirma que o princípio da separação de poderes impede que o Poder Judiciário reveja valores de multas administrativas e que, ainda que assim não fosse, determinação de recálculo ocasionaria que o valor da multa continuasse o mesmo (fl. 816).

<sup>13</sup> 00016290620114058000 - Apelação Cível – Des. Francisco Barros Dias - Data: 04/04/2013 - Segunda Turma - TRF5.

57. **A intransigência da apelante em computar a ausência de vantagem auferida e de dano ao consumidor em um cálculo transparente, que viabilize o exercício da ampla defesa e do contraditório pela apelada, impõe a interferência do Poder Judiciário, que, ao contrário do infundado argumento da apelante, tem sim competência para avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade de sanções administrativas pecuniárias**, conforme se pôde claramente inferir dos precedentes referidos acima.

58. Diferentemente do que registrou a sentença apelada (fl. 864), esses mesmos precedentes evidenciam que o não estabelecimento, no pedido de redução de multa, de qual seria o valor correto a ser eventualmente aplicado não inquina de inépcia esse pedido, porque é o Poder Judiciário quem tem que estabelecer, a seu melhor juízo, qual o valor efetivamente devido.

59. Portanto, se a sentença for, *ad argumentandum*, reformada, há que se considerar que não seria razoável aplicar à apelada a mesma penalidade incidente sobre casos em que há efetivo dano ao consumidor. No presente caso, o princípio da proporcionalidade impõe a redução da penalidade pecuniária a critério do Poder Judiciário, visto que não se comprovaram, no processo administrativo, nenhuma das consequências alegadas em relação à conduta da apelada, tendo-se muito menos comprovado dano.

### .III.

### CONCLUSÃO

60. A prevalecer a tese da apelante, toda publicidade infantil estaria proscria do ordenamento jurídico brasileiro, ao arrepio dos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade de expressão (art. 5º, II, IV e IX, da Constituição da República).

61. Os argumentos da apelante, contudo, se demonstraram inconsistentes, porque não atenderam a critérios de lógica jurídica, não corresponderam ao que foi sentenciado e sequer se prestaram a sustentar suas alegações.

62. Além disso, a apelante não provou, em nenhum momento nestes autos ou no processo administrativo sancionador anulado pela sentença, a ocorrência concreta das supostas abusividades que atribuiu à campanha publicitária da apelada.

63. Por fim, conforme visto, é lícito o simples incentivo ao consumo, inclusive mediante oferta de brindes, segundo reiteradamente registrado pela jurisprudência do E. TJSP, do E. STJ e do CONAR, em casos de todo semelhantes ao presente.

64. Sendo assim, a apelada requer que a apelação seja totalmente improvida, para que a sentença apelada seja integralmente mantida, dado que se encontra em linha com o substrato probatório existente nos autos, com a jurisprudência do E. TJSP e do E. STJ, com a melhor orientação do CONAR e com a Constituição da República.

65. Acaso, *ad argumentandum*, a sentença seja reformada, a apelada requer que a penalidade pecuniária em questão seja reduzida, a critério do E. TJSP, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Termos em que  
pede deferimento.

São Paulo, 25 de julho de 2017.

**CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES STEINER**  
OAB/SP nº 139.138

**MARÍLIA DOS SANTOS DIAS RENNÓ**  
OAB/SP nº 332.066

**CAROLINA BARROS FIDALGO**  
OAB/SP nº 340.928

**GABRIEL COZENDEY PEREIRA SILVA**  
OAB/SP nº 336.176