

**CHEDIAK
LOPES DA COSTA
CRISTOFARO
MENEZES CÔRTEZ
RENNÓ
ARAGÃO**

CHEDIAK ADVOGADOS

Julian Fonseca Peña Chedek
José Andrés Lopes da Costa
Luiz Claudio Salles Cristofaro
Carlos Eduardo Menezes Côrtes
Marília dos Santos Dias Rennó
Alexandre Santos de Aragão
Carlos Eduardo da Costa Pires Steine
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
Rodrigo F. Vesterman Alcalde

Ana Claudia de Povina C. Norberto
Alexandre Herlin
Daniel Vio
Léo Bosco Griggi Pedrosa
Carlos Affonso Pereira de Souza
Carolina Barros Fidalgo
Ticiane Valdeitaro Bianchi Ayala
Juliana T. Mizumoto Akaishi
Ana Carolina Cayres Szyfman
Mônica Maria Mendes Tavares Bussiere
Frederico Garcia Diniz
Vitor André Lopes da Costa Cruz
Carolina Canal Gonçalves
Anna Carolina Montzot Tourinho
Joana Ribeiro da Costa
Vicente Rosenfeld
Maira Bendin Cabzavara
Catarina Pardal Monteiro

Michelle Pimenta Perlini
Ana Luiza Massena Ferreira
Breno Caskuch
Lilian Renata Aguiar dos Anjos
Rafaela Coutinho Canetti
Ana Carolina Devito Dearo Zanetti
Violeta Luiza Mendes Libergott
Rafaela Gentil Gevaerd
Fernanda Akijo Mitsuya
Luiz Felipe G. Cordeiro
Gabriel Cozendei Pereira Silva
Astrid Monteiro C.G. de Lima Rocha
Rafael Alencar Jordão
Thales Mahatman Monteiro de Melo
Marjorie Gressler Afonso
Amanda Castelo Branco
Bárbara Mengal Accioli
Victor de Castro Brum Reis

Thaynara Oliveira Lapo
Nalara Miranda Candido
Rafael Passos de Oliveira
Jessica Riess
Cristina Carvalho Sumar
Daniel Bento Duarte
Leonardo Alberto Souza e Silva
Andressa Soares Martins Moreira
Gabriella L. da Fonseca Moscatelli
Caio da Silva Pessanha Moreira
Flora Lisboa Ferreira

Consultores:
Pedro Paulo Cristofaro
José Botafogo Gonçalves
Clayton Salles Rennó

EX.^{MO} SR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO.

Ação anulatória n.º 1043711-20.2016.8.26.0053

A **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, por seus advogados, em atenção ao ato ordinatório de fl. 823, apresentar **RÉPLICA** à contestação da Ré, de fls. 786-817, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

.I.

TEMPESTIVIDADE

1. O ato ordinatório de fls. 823, que intimou a Autora a apresentar esta réplica, foi publicado em 18 de janeiro de 2017 (fl. 824), enquanto ainda vigente a suspensão dos prazos processuais e da intimação de partes ou advogados na primeira e segunda instâncias, nos termos do art. 220 do Código de Processo Civil e do art. 116, §§ 2º e 3º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Essa suspensão se estendeu até o dia 20 de janeiro de 2017, uma sexta-feira, nos termos dos mesmos dispositivos mencionados.

3. Sendo assim, conforme o art. 224, § 2º, do CPC, deve-se considerar que o ato ordinatório referido foi publicado em 23 de janeiro de 2017, uma segunda-feira, de modo que o prazo teve início no dia 24 de janeiro de 2017, segundo dispõe o art. 224, § 3º, do CPC.

4. Dessa forma, contado o prazo em dias úteis, nos termos do art. 219 do CPC, seu término ocorre em 13 de fevereiro de 2017.

5. Portanto, é tempestiva esta réplica, protocolizada em 10 de fevereiro de 2017.

.II.

QUESTÕES INCONTROVERSAS

6. A petição inicial da Autora trata de 4 (quatro) pontos, essencialmente:

- (i) da violação ao dever de motivação pela Ré no processo administrativo sancionador que culminou na aplicação de multa à Autora;
- (ii) da violação ao princípio da legalidade, em virtude da ausência de vedação legal a que se realize propaganda destinada ao público infanto-juvenil e a que se ofereçam brindes ou colecionáveis a esse público, sendo certo que as figurinhas relacionadas à campanha publicitária em discussão nestes autos não eram colecionáveis e não foram comunicadas como tal ao público;
- (iii) da violação aos direitos do contraditório e da ampla defesa, por não ter sido explicitado o cálculo do valor da multa;
- (iv) da desproporcionalidade no valor da multa.

7. A Ré não enfrentou os argumentos da Autora em relação ao **ponto (i)**. A petição inicial demonstrou, a fls. 8-15, que as razões de decidir registradas nas duas manifestações técnicas de fls. 601 e ss. e 650 e ss. não fornecem motivação adequada para a cominação de multa.

8. O item 2.2 da contestação, que versa sobre o vício de motivação, é, por sua vez, genérico, se limita a colacionar trechos de doutrina e excertos de legislação sobre o conteúdo do dever de motivação, mas não rebate os argumentos exarados na exordial. **A contestação tratou de outros assuntos nesse ponto, que não estão em discussão nestes autos:** discorreu sobre a possibilidade de adoção de parecer jurídico na condição de fundamento de decisões administrativas e sobre não terem sido apreciados, no processo administrativo, os argumentos de defesa. Os argumentos da Autora não foram controvertidos, portanto, conforme ficará melhor evidenciado a seguir.

9. Em relação ao **ponto (ii), a Ré concorda expressamente com os argumentos da Autora:**

- a. *"Assevera a autora que não há ilegalidade nas campanhas publicitárias que envolvam crianças. É fato"* (fl. 794);
- b. *"Repita-se: não está em discussão a licitude ou não da publicidade infantil"* (fl. 805);
- c. *"Importante destacar que a autora pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda dos seus produtos (ou para escoar a produção dos produtos relacionados para a promoção)"* (fl. 808).

10. A preclusão em relação a esse ponto merece ser melhor tratada a seguir, em virtude de **repetidas inconsistências na argumentação da Ré**, tanto no processo administrativo, quanto na contestação, **especialmente em relação ao entendimento da Ré de que a publicidade infantil é legal, mas de que a caracterização da publicidade infantil abusiva prescinde de provas de abusividade – o que é o mesmo que considerar, autoritariamente, que qualquer publicidade infantil é ilegal.**

11. Os pontos (iii) e (iv) foram os únicos de que a Ré parece ter efetivamente tratado. No entanto, quanto ao **ponto (iii), a única referência da contestação à violação à ampla defesa e ao contraditório também não se relaciona com o que foi tratado pela Autora.** A petição inicial demonstra, a fls. 15-16, que a referida violação decorreu de não ter sido explicitado o cálculo do valor da multa. A Ré se restringe a afirmar genericamente que

a ampla defesa e o contraditório foram respeitados, porque a Autora teve oportunidade de apresentar defesa e recurso (fl. 788), utilizando texto padronizado que poderia ter muito bem ter sido replicado para qualquer outro caso concreto.

12. Apenas à fl. 814, ao tratar da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa, a Ré faz referência, sem tratar da ampla defesa e do contraditório, à **memória de cálculo de fl. 520, que, estranhamente, não registra uma soma, subtração, multiplicação ou divisão sequer, da mesma forma como ocorre com a memória de cálculo de fl. 571.** Às fls. 814-816, afirma que **os critérios para fixação de multas constam de normas internas do PROCON-SP, mas não demonstra como foram usados,** e defende a constitucionalidade das normas da Fundação, o que também não foi questionado nestes autos. Essas inconsistências serão melhor demonstradas a seguir.

13. Quanto ao **ponto (iv), o esforço da Ré foi em vão, porque o ponto trata de mero pedido subsidiário da Autora, e os pontos relacionados aos pedidos principais não foram controvertidos, devendo ser acolhidos, portanto.** De todo modo, a questão da razoabilidade e da proporcionalidade do valor da multa será brevemente retomada adiante, a fim de demonstrar a improcedência dos argumentos da Ré.

.III.

VIOLAÇÃO AO DEVER DE MOTIVAÇÃO

OS ARGUMENTOS DA AUTORA NÃO FORAM CONTROVERTIDOS

14. A Ré alega que não teria havido violação ao devido processo legal. O único argumento que conseguiu conceber para fundamentar essa alegação consiste em que teriam sido observadas as formalidades exigidas pela regulamentação interna do PROCON-SP (fl. 788). No entanto, conforme a Autora demonstrou na petição inicial, a observância do devido processo legal não se restringe ao cumprimento de formalidades.

15. A Ré, por exemplo, cumpriu, no processo administrativo, a formalidade de apresentar razões que deveriam motivar a cominação de multa à Autora. Trata-se das manifestações técnicas de fls. 601 e ss. e 650 e ss. destes autos. Porém, a Autora já

demonstrou, na petição inicial, que essas razões não constituíram motivação adequada para o ato administrativo em questão.

16. De fato, conforme demonstrado na exordial, essas manifestações técnicas recorreram apenas ao uso de referências legais e doutrinárias desconexas, para fundamentar a cominação de multa. Sendo assim, falharam em demonstrar de que forma essas referências se aplicariam ao caso concreto e de que forma justificariam considerar ilícita a conduta apreciada no âmbito do processo administrativo sancionador.

17. Além disso, também se evidenciou que **as mencionadas manifestações técnicas não comprovaram o nexo de causalidade entre a campanha publicitária da Autora e as supostas consequências dessa campanha. Em outras palavras, a Ré não provou as razões que fundamentaram a aplicação da multa.** Pelo contrário: chegou a referir que caberia à Autora evidenciar que as supostas violações não ocorreram, em autêntico exemplo de produção de **prova diabólica** (fl. 655).

18. Não por acaso, **a motivação do processo administrativo não recorreu a sequer uma linha de jurisprudência** para fundamentar a cominação de multa. Se tivesse procedido de acordo com os precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, nenhuma sanção teria sido imposta à Autora.

19. Curiosamente, a Ré alega, na contestação, que "*todos os argumentos da autora não passam de mero inconformismo, sem fundamento legal, inexistindo provas capazes de tornar insubsistente o auto de infração*" (fl. 806). No entanto, foi a Ré quem falhou mais uma vez, na contestação, em articular fundamentos legais, dogmáticos, jurisprudenciais e fáticos que pudessem justificar a aplicação de multa, conforme ficará claro a seguir. A Autora, a seu turno, evidenciou detalhadamente seu direito na petição inicial, com base na lei, na doutrina e na jurisprudência.

20. Nesse sentido, também é curioso notar que **a Ré teve diversas oportunidades de melhor se defender do aspecto do vício de motivação,** seja por ocasião da segunda manifestação técnica, após a Autora já haver indicado, em recurso

administrativo, os vícios do processo sancionador, seja por ocasião da contestação, após a Autora ter reiterado, na petição inicial, a ocorrência desse vício.

21. **No entanto, a Ré não aproveitou essas oportunidades** para, por exemplo, apresentar provas do nexo de causalidade que pressupôs haver entre a campanha publicitária e as supostas consequências dessa campanha. Também não fez uso dessas oportunidades para melhor desenvolver seus argumentos, de modo a demonstrar de que forma suas referências legais e doutrinárias desabonariam a conduta da Autora.

22. Nesse contexto, o vício de motivação do processo administrativo só pode significar uma coisa: por maior que seja o esforço da Ré em tentar justificar o ato administrativo impugnado nestes autos, esse ato é injustificável. Se, apesar das diversas oportunidades, não foi possível defendê-lo adequadamente até agora, **isso se deve à singela circunstância de que não existe fundamento que justifique cominar multa à Autora.**

23. **Os termos da contestação são sintoma da inconsistência das razões da Ré. Das 6 (seis) páginas da contestação que deveriam ser dedicadas a responder a questão do vício de motivação (fls. 789-794), são expendidas 5 (cinco) páginas para argumentar acerca da possibilidade de adoção de parecer jurídico na condição de fundamento de decisões administrativas.**

24. No entanto, não se discute, nestes autos, se parecer jurídico prévio pode servir de fundamentação para ato administrativo. O que se discute é que as razões de decidir registradas nas duas manifestações técnicas referidas não fornecem motivação adequada para a cominação de multa à Autora, em virtude da inconsistência lógica dos argumentos e da ausência de provas. Mais uma vez, a Ré se justifica, de maneira catastrófica para sua defesa, com fundamento no mero cumprimento de formalidades.

25. No restante do indigitado tópico da contestação, a Ré também não trata das questões levantadas pela Autora com relação ao vício de motivação. Em vez disso, trata, tangencialmente, da questão de não terem sido apreciados, no processo administrativo, os argumentos de defesa – e o faz, não surpreendentemente, de maneira genérica, lacônica e sem lançar fundamento algum (fl. 794).

26. Isso sem contar as já esperadas referências legais e doutrinárias esparsas, em que a Ré transcreve trechos da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello e da Lei n.º 9.798/1.999, para explicar em que consiste o dever de motivação e a correlação lógica que deve implicar, mas sem articular essa informação com o caso concreto, para eventualmente refutar os argumentos da exordial (fl. 789-790).

27. **Tornaram-se incontroversos, portanto, os argumentos da Autora no sentido de que as razões de decidir registradas nas manifestações técnicas não constituíram motivação adequada para cominação de multa no processo administrativo em questão. Forçoso, portanto, que sejam acolhidos esses argumentos, para que seja declarada a nula essa penalidade.**

.IV.

INCONSISTÊNCIAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE SE REPETEM NA CONTESTAÇÃO

.IV.1.

INCONSISTÊNCIA LÓGICA DOS ARGUMENTOS E AUSÊNCIA DE PROVAS

28. Para caracterizar a ocorrência de publicidade abusiva no caso concreto, a Ré precisaria ter feito muito mais do que repetir, na contestação, sua prática de enumerar, genericamente, supostas violações ao ordenamento jurídico, sem demonstrar nem provar como essas supostas violações teriam ocorrido no caso concreto.

29. De fato, as manifestações técnicas em que se baseia o processo administrativo apontam diversas consequências que seriam supostamente decorrentes das práticas da Autora, mas (i) não comprovam que ocorreram; e (ii) não explicam, de forma clara e congruente, de que forma a publicidade realizada pela Autora estaria se utilizando da inocência ou da deficiência de julgamento da criança, hipóteses previstas em lei e que transformam a publicidade regular em publicidade abusiva. A contestação vai pelo mesmo caminho.

30. Assim, na primeira manifestação técnica (fls. 601 e ss.), foram **presumidas** relações de causalidade sem qualquer fundamento empírico probatório, a saber: (i) o

colorido das embalagens levaria as crianças a adotarem comportamentos prejudiciais ou a conclusões errôneas sobre o produto; (ii) a utilização de personagens e a distribuição de brindes seria capaz de provocar o consumo *desenfreado* das referidas gelatinas; e (iii) a utilização dos personagens geraria um apelo ao consumo de gelatinas além do necessário.

31. Na segunda manifestação técnica (fls. 650 e ss.), a Ré (i) cita inúmeros dispositivos legais e referências dogmáticas para, sem demonstrar como se aplicam ao caso concreto, concluir que, "*desta forma, resta clara a caracterização da conduta infratora (...)*" (fls. 651-655); e (ii) afirma que o uso de personagens infantis na publicidade causa, necessariamente, o efeito de que as crianças convençam seus pais a comprar um produto em vez de outro (fl. 656).

32. Na contestação, a Ré cita (i) dispositivos legais e constitucionais que garantem a proteção à criança e ao adolescente (fls. 795-796 e 800-802); (ii) autores que tratam da necessidade de proteção especial à criança em face da publicidade abusiva (fls. 796-799 e 811-812); (iii) exemplos de como outros países regulamentariam o assunto (fls. 797 e 809); (iv) empresa que passaria a restringir a publicidade infantil de seus refrigerantes a partir de 2008; (v) declaração do Instituto Alana sobre um documentário (fl. 799); e (vi) estatísticas gerais sobre o tema, não sobre as circunstâncias concretas do caso (fls. 806-808).

33. **Nenhum dado empírico sobre o caso concreto destes autos, para eventualmente provar que os fatos alegados pela Ré ocorreram, é apresentado. Toda a argumentação da Ré na contestação, assim como nas manifestações técnicas, fundamenta-se na assunção genérica de que as crianças têm direito à proteção contra publicidade abusiva. Todavia, essa assunção não fundamenta as asserções da Ré acerca da suposta ocorrência de publicidade abusiva o caso concreto.**

34. De fato, a tentativa da Ré em caracterizar, na contestação, a ocorrência de publicidade abusiva decorre de circunstâncias de fato e de nexos de causalidade que são falsos ou que não foram provados e que são, portanto, meras pressuposições que em nada assistem os argumentos da defesa. Da mesma forma como ocorreu no processo administrativo, **a Ré falhou, mais uma vez, na contestação, em provar a veracidade de suas 6 (seis) principais alegações e em demonstrar em que medida a Autora teria**

supostamente descumprido a lei e as normas do CONAR no caso, conforme ficará mais e mais evidente ao longo desta petição. Vejamos:

- (i) **Alegação da Ré:** "(...) o que desconhece a autora é que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade enganosa e abusiva que envolva crianças" (fl. 794).

Alegação falsa: a Autora não só conhece a existência dessa vedação, como observa normas internas rígidas destinadas a garantir os direitos de crianças e de adolescentes, decorrentes da lei e das diretrizes do CONAR (fls. 2-3).

- (ii) **Alegação da Ré:** "(...) levando a criança a se interessar pelo produto não por sua qualidade, mas pela embalagem composta pelas figuras dos personagens que admira, bem como para participar da promoção no site *Mundonick.com*, onde além do apelo publicitário relacionando os personagens com o produto, a criança ao adquirir o produto acessa ao site e participa da promoção com a finalidade de adquirir os prêmios oferecidos". "(...) as intenções da criança **ao pedir aos pais** para adquirir o produto são todas relacionadas aos personagens, brindes e a participar da promoção, passando longe a vontade de consumir o produto em si". "Na publicidade em tela, considerando o público-alvo infantil, a verdadeira razão da compra não era necessidade ou mesmo a qualidade desses produtos, mas sim a vontade das crianças em ganhar as figurinhas auto-adesivas, bem como participar da promoção em jogos do website" (fls. 802, 803 e 804, grifamos).

Pressuposição: a Ré não prova que sequer 1 (uma) criança consumiu 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. Suposta violação à lei e ao código do CONAR não foi evidenciada.

- (iii) **Alegação da Ré:** *"Ademais, as figurinhas constantes na parte interna da embalagem, colecionáveis, fazem com que as crianças queiram cada vez mais adquirir o produto, com a intenção de completar a coleção de figurinhas, incentivando o consumo desenfreado do produto, uma vez que as crianças vão consumir o produto sem ter a real necessidade para tanto, incentivando o consumismo"* (fl. 803).

Pressuposição 1: a Ré não provou nem poderia provar que as figurinhas em questão são 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. Ainda que fossem colecionáveis, a prática não é vedada, conforme a Autora demonstrou a fls. 23 e ss. destes autos. Novamente, nenhuma violação à lei ou ao código do CONAR foi demonstrada.

Pressuposição 2: a Ré não provou que as figurinhas *"fazem com que as crianças queiram cada vez mais adquirir o produto, (...) incentivando o consumo desenfreado do produto, uma vez que as crianças vão consumir o produto sem ter a real necessidade para tanto, incentivando o consumismo"*. Não há evidência de que a campanha publicitária da Autora tenha causado semelhantes comportamentos em sequer 1 (uma) criança o que só evidencia, mais uma vez, a conformidade da campanha à lei e às normas do CONAR.

- (iv) **Alegação da Ré:** *"Estudos ainda comprovam que a obesidade é maior entre as crianças que assistem à televisão. É o que afirma a psicóloga Susan Linn: (...). A prática também é proibida pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação do CONAR, que, em seu Anexo H, item 1, dispõe que: '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” (fls. 807-808).

Pressuposição: a Ré não prova que sequer 1 (uma) criança tenha consumido o produto excessiva ou exageradamente por causa da campanha publicitária da Autora, nem que esse consumo tenha causado problemas de saúde em qualquer criança. Não se prova, de novo, nenhuma suposta violação às normas aplicáveis ao caso.

- (v) **Alegação da Ré:** *“O efeito atrativo das embalagens, por suas dimensões lúdicas e afetivas foi pensado com o objetivo de gerar compras imediatas, as compras por impulso, já que os pais ainda caem nesse processo emotivo de atender aos pedidos dos filhos”. “É óbvio que tais produtos não são adquiridos diretamente pelas crianças, necessitando elas do **intermédio de um adulto** para aquisição da mercadoria anunciada ou acessar ao site para os jogos interativos, porém tal fato não interfere na capacidade de influência da publicidade voltada ao público infantil que atinge diretamente a criança no ‘desejo’ de ter ou ‘participar’ da promoção anunciada, como se deu no presente caso” (fls. 803 e 804, grifamos).*

Pressuposição: a Ré não provou que sequer 1 (um) pai ou responsável comprou o produto por impulso, influenciado por *“processo emotivo de atender aos pedidos dos filhos”* eventualmente desencadeado pela campanha publicitária da Autora. Suposta violação à legislação e à regulação não comprovada.

- (vi) **Alegação da Ré:** *“(…) no caso em discussão, é nítida a estratégia da autora em se valer dos pequenos para que influenciem, de forma determinante, nas decisões de compra da família”. “Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil Cartoon Network (Pesquisa CN.com.br), dentre várias outras constatações, concluiu que ‘o mais fácil de pedir e conseguir’ é justamente*

o produto alimentício. De fato, 56% (cinquenta e seis por cento) disseram que comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem 'conseguidos' pelas crianças quando pedem aos adultos. É o fator amolação. Tanto pedem e insistem que os pais, impotentes, vêm-se obrigados a satisfazer seus desejos, mesmo que a satisfação nada traga de importante para seu desenvolvimento. Outra pesquisa realizada pelo canal de televisão também especializado em programação infantil Nickelodeon (Nickelodeon Business Solution Research) apresenta semelhante resultado, colocando os alimentos infantis, balas e doces, alimentos em geral e fast foods como alguns dos produtos a respeito dos quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo, inclusive, as suas marcas. Comprovou-se, ainda, na pesquisa do Nickelodeon, que os anunciantes fazem campanhas lúdicas e divertidas com o objetivo de 'prender a atenção delas'. E, como alerta a pesquisa, 'um bom personagem comunica mais que mil palavras', que é o caso da 'Turma do Bob Esponja' e o próprio personagem 'Bocão'" (fls. 804, 806 e 807).

Pressuposição: A Ré não prova que a campanha publicitária da Autora ocasionou sequer 1 (um) caso de influência de crianças, determinante ou não, nas decisões de compras do produto em questão por pais e responsáveis. A Ré também não apresenta referência para consulta do segundo estudo por ela mencionado, o que só ressalta a higidez legal e regulatória da campanha publicitária da Autora.

35. **É, portanto, com fundamento em alegações não comprovadas e em pressuposições de fato mal articuladas que a Ré procura caracterizar a ocorrência de publicidade abusiva no caso concreto destes autos, o que, obviamente, não é suficiente para atender ao dever de motivação que se lhe impõe.**

36. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, o "dever de a Administração provar suficientemente os fatos que servem de pressuposto do ato. (...) Não se pode mais admitir nesse

processo uma demonstração fática lacônica, fundada em uma concepção formal de verdade que fundamenta sua validade exclusivamente na condição de autoridade do agente fiscalizador – caracterizando-se assim hipótese de inaceitável auto-legitimação”¹.

37. Essa também é uma imposição do princípio da presunção de inocência, segundo o qual **“o ônus da prova incumbe a quem alega”**.

38. **A referência a estudos genéricos para fundamentar alegação de publicidade abusiva, como fizeram as manifestações técnicas e a contestação, já foi rechaçada pela jurisprudência pátria, como se vê na decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar ação civil pública em face da Coca-Cola:**

*“O Ministério Público sustenta que a obrigatoriedade de exigir que a Coca-Cola cesse com o marketing voltado ao público infantil e advirta os consumidores do risco da obesidade está assentada nos arts. 6º, 9º, 31 e 37, do CDC. Convém anotar que a associação dessas regras ocorre quando há publicidade enganosa e prejuízo à saúde do consumidor, **o que não se provou com estudos técnicos, mas, sim, avaliações ou estudos estatísticos, o que é insuficiente como justificativa legal para intervenção no regime de mercado da empresa autorizada a fabricar e vender seus produtos**”².*

39. **Em linha com esse precedente, o Tribunal já declarou que auto de infração lavrado em decorrência de propaganda infantil de salgadinho da marca “Cheetos” só pode ser mantido quando for verificado e comprovado o abuso no caso concreto:**

“No caso destes autos, só restaria justificada a manutenção do auto de infração caso restasse demonstrado que a publicidade era abusiva, aproveitando-se a empresa da ‘deficiência de julgamento e experiência da criança’, bem como induzimento do público-alvo ‘de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança’. Pois bem, é cediço que o marketing das empresas visa ao incremento das vendas e, em muitas situações, é realizado de forma impetuosa. Há um campo subjetivo de avaliação dessa abusividade, que deve conter a ideia de aproveitamento da deficiência de julgamento da criança, associado a um comportamento prejudicial à saúde. (...) No

¹ Apud. GUEDES, Demian. *A Presunção de Veracidade dos Atos da Administração Pública e o Processo Administrativo: o dever de fiscalizar provando*, in Revista Interesse Público, vol. 35, 2006, p. 105.

² TJ-SP, apelação nº 566.275, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 03/09/2009.

caso em tela, restrito ao auto de infração nº 3222, a apelante não demonstra que houve uma compra desenfreada de salgadinhos e tampouco demonstra que a ação de marketing, ou publicidade, induziu em erro os consumidores. Assim, a sentença deve ser mantida pela não demonstração de ofensa ao consumidor hipossuficiente³.

40. E se assim é com relação a refrigerantes e a salgadinhos, não há dúvidas do erro cometido no processo administrativo em questão com relação à gelatina, alimento que, além de apresentar benefícios nutricionais, sendo, ao contrário dos refrigerantes e salgadinhos, indicado por diversos nutricionistas, é **alimento que exige preparação por um adulto, não podendo ser consumido imediatamente e por impulso pelas crianças, conforme a Autora faz questão de ressaltar em suas campanhas publicitárias (fls. 779-785). Aliás, a própria Ré refere, em sua contestação, que "por serem adultos, os pais têm condições de rejeitar ou não uma promoção" (fl. 799).**

41. Em nenhum momento, enfim, foram comprovados os fatos alegados pela Ré, mas, ainda mais importante, não foram devidamente cotejados tais fatos com o previsto no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. **A contestação parte apenas do pressuposto de que a embalagem é abusiva porque chama a atenção das crianças e as induz, eventualmente, a pedir a seus pais que comprem os produtos, considerando que uma criança não pode em qualquer hipótese ser incentivada ao consumo.**

.IV.2.

CONTRADIÇÕES PERSISTENTES

A Ré mal disfarça seu desejo de 'legislar' no caso concreto

42. Conforme evidenciado no primeiro tópico desta réplica, **a Ré concorda expressamente com os argumentos da Autora acerca da licitude da publicidade infantil.** Registra que "assevera a autora que não há ilegalidade nas campanhas publicitárias que envolvam crianças. É fato" (fl. 794). Repete que "não está em discussão a licitude ou não da publicidade infantil" (fl. 805). E reitera ser "importante destacar que a autora pode sim

³ TJ-SP, apelação nº 0010824-73.2011.8.26.0053, Rel. Des. Antonio Celso Faria, j. 16/09/2015.

utilizar a publicidade para aumentar a venda dos seus produtos (ou para escoar a produção dos produtos relacionados para a promoção)" (fl. 808).

43. **No entanto, outros expedientes da Ré evidenciam seu desejo mal escondido de ver proibida também a publicidade infantil que não seja enganosa nem abusiva. O principal deles, que nem chega a ser um argumento, mas uma estratégia, consistiu no uso de seu poder de polícia para aplicar penalidade à Autora, mesmo ausentes quaisquer provas da caracterização de publicidade abusiva no caso concreto, conforme demonstrado na defesa e recurso administrativos da Autora, na petição inicial e no tópico anterior desta réplica.**

44. **De fato, conforme visto acima, os argumentos apresentados pela Ré não servem para comprovar as alegações de caracterização de publicidade abusiva no caso concreto.** Se a Ré deseja que qualquer publicidade dirigida a crianças e a adolescentes seja tornada ilícita, cabe a ela levar seus pleitos às instâncias competentes para a edição de normas, sendo descabido que use seu poder sancionador para punir, sem provas, condutas permitidas por lei.

45. Duas contradições presentes na contestação também evidenciam esse mal disfarçado desejo legislar no caso concreto. Vamos a elas.

.IV.2.a.

"Opinião de publicitários"

46. À fl. 797, a Ré desmerece a opinião de publicitários que defendem a licitude da publicidade infantil, pressupondo que *"visa defender os interesses da classe, ou seja, limitar a própria atividade significaria diminuir seus lucros"*. No entanto, contraditoriamente, também considera que as disposições do CONAR, órgão dessa mesma classe profissional, fundamentam a proibição da publicidade infantil no caso, mesmo sem provas de abusividade. Isso fica evidente quando a Ré afirma que *"o auto de infração em nenhum momento visa infringir as normas do CONAR"* (fl. 805) e quando cita, em defesa da autuação sem provas, norma desse conselho profissional (fl. 808) e opinião antiga de seu presidente (fl. 810).

47. Vale ressaltar que a Ré não provou que a Autora infringiu a referida norma do CONAR, que veda o incentivo ao consumo excessivo ou exagerado, conforme demonstrado no tópico anterior desta réplica. Ao contrário disso, a Autora demonstrou, na petição inicial, que sua campanha publicitária se encontra em plena sintonia com as normas do CONAR e com precedentes do E. TJ-SP e do próprio CONAR.

48. **Com efeito, especificamente sobre o tema da publicidade destinada ao público infantil, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu recentemente, ainda em abril de 2016, também acerca de reclamação provocada pelo Instituto Alana no PROCON-SP, que é impertinente afirmar que toda publicidade infantil é abusiva, contrária ao CDC ou ao Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo lícita se observados os padrões éticos destinados à publicidade infantil:**

*"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. (...) 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 infantil⁴.

49. **Na mesma linha, o E. TJ-SP consignou também que não há vedação legal à utilização de material publicitário voltado ao público infantil e que qualquer pretensão de sancionamento em virtude dessas práticas, sem que, logicamente, haja efetiva violação ao CDC, viola o princípio da legalidade:**

"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 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"⁵.

50. **Em afronta direta à alegação da Ré de que o exercício de sua pretensão punitiva, no caso destes autos, não viola também o direito à liberdade de expressão, o desembargador relator desse mesmo acórdão consignou que**

"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

⁴ TJ-SP, apelação nº 1010889-46.2014.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 25/04/2016.

⁵ TJ-SP, apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 10/09/2011.

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 lei⁶.

51. No mesmo sentido foi o voto do Desembargador Relator em outro acórdão do E. Tribunal Paulista:

“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 totalitarismos⁷.

52. **A orientação do E. TJ-SP se encontra em sintonia com o entendimento do CONAR:**

“Se a propaganda deve ser um fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes, conforme apregoa o citado artigo 37, não pode criar restrições excessivas, mesmo com o intuito de proteger as crianças, já que essa não será a realidade que eles encontrarão em suas respectivas vidas adultas.

⁶ No mesmo sentido, confira-se: “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 ateu 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** (TJ-SP, apelação nº 25180-44.2009.8.26.0053, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 27/11/2012).

⁷ TJ-SP, apelação nº 18234-17.2013.8.26.0053, Rel. Des. Fermino Magnani Filho j. 29/06/2015.

É importante, desde cedo, as crianças entenderem que, muitas vezes, não podemos ter tudo o que queremos. (...) O excesso de tutela, muitas vezes, é mais prejudicial para a formação de crianças e jovens do que a abordagem clara, transparente e direta dos limites e frustrações que fazem parte da vida. Até porque, se formos colocar em prática as diretrizes que, teoricamente, irão proteger as crianças, teremos que abolir as coleções infantis, os álbuns de figurinhas, os livros em série, os filmes em trilologias e outros itens que podem ser comprados em unidades avulsas, mas que também são ofertados como um conjunto a ser colecionado. Evidentemente, não é essa a interpretação que melhor se coaduna com as disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária”⁸.

53. Em linha com os precedentes mencionados acima, a jurisprudência do E. TJ-SP também tem entendimento no sentido de que a oferta de brindes ou de itens colecionáveis em publicidade infantil – ressaltando-se que não se trata de figurinhas colecionáveis nestes autos – não caracteriza publicidade abusiva. Confira-se:

“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 ateu 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. (...) 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 infante-juvenil denominada ‘Mascotes Sadia’, cujo mote era a aquisição de um

⁸ Representação nº 236/2010.

mascote da autora, caracterizado em 5 (cinco) versões diferentes, respeitando-se 5 (cinco) categorias esportivas distintas, representadas em diferentes uniformes que o boneco ostentava⁹.

*"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improcedência - Confirmação - Venda casada - Inocorrência - **Chaveiros sem valor comercial** - Estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas - Configuração — **Publicidade enganosa ou abusiva - Não caracterização - Crianças estão sob orientação e autoridade paternas** - Recurso não provido"*¹⁰.

54. **Ademais, conforme também demonstrado na petição inicial, o CONAR veda a publicidade direcionada ao público infantil apenas com referência a bebidas alcoólicas em geral (Anexo A, item 2, do Código), a cervejas e vinhos (Anexo P, item 2), e a "ices e bebidas assemelhadas" (Anexo T, item 2), mediante uso da expressão "não terá crianças e adolescentes como público-alvo". Não há vedação sequer similar que se aplique ao caso de que tratam estes autos.**

55. **Quanto a referência às palavras do então presidente do CONAR na audiência pública n.º 1.388/2.007 (fl. 810), vale ressaltar (i) que são do ano de 2007, anteriores, portanto, aos entendimentos mais recentes desse Conselho e do TJ-SP, citados acima, e (ii) que a Ré, convenientemente, se esqueceu de apresentar o contexto em que foram proferidas.**

56. Conforme consta do Diário da Câmara dos Deputados de 30 de agosto de 2007, página 43.660, essa audiência pública se destinou a "*debater o Projeto de Lei n.º 5921, de 2001, do Deputado Luiz Carlos Hauly que acrescenta novo dispositivo ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990)*". O projeto, que ainda não foi convertido em lei, tem o propósito de incluir, no art. 37 do CDC, o § 2º A, com seguinte texto: "*É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança*".

57. Sendo assim, o que a Ré conseguiu com a referência descontextualizada das palavras de presidente do CONAR foi dar um tiro no pé. **Essa referência apenas confirma que a questão da vedação total à publicidade infantil ainda se encontra em debate.** Se

⁹ TJ-SP, apelação n.º 0025180-44.2009.8.26.0053, Rel. Des. Vicente Abreu Amadei, j. 27/22/2012.

¹⁰ TJ-SP, apelação n.º 0149641-18.2007.8.26.0002, Rel. Des. Sousa Lima, j. 01/12/2010.

essa vedação já existisse, o projeto de lei mencionado não faria sentido. A referência também confirma que a Ré quer fazer valer, nesse caso, proibição que não é amparada pela legislação vigente nem hoje, nem à época dos fatos. A contradição inerente a seus argumentos, portanto, é patente.

.IV.2.b.

O caso "Shrek"

58. Outra séria inconsistência da contestação da Ré, que não parece ter sido simplesmente acidental, consiste na referência à decisão do CONAR na Representação n.º 205/2.007. Conforme relatado pela Ré, 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. 809).

59. Também segundo o relato pela Ré, 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. 809).

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

61. O equívoco da Ré reside, portanto, em ver semelhança em casos distintos. Conforme referido pela Autora na petição inicial, esse caso foi levado à apreciação do E. TJ-SP, 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.

62. Conforme a ementa do acórdão do E. TJ-SP 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”¹¹.

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.

¹¹ TJ-SP, apelação nº 342384-90.2009.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 08/05/2013. Essa decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 1.558.086-SP.

*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**".*

63. **Essa decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial nº 1.558.086-SP, além de estar de acordo com precedentes do CONAR que também consideram abusiva a publicidade 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**¹².

64. O acórdão do referido recurso especial merece destaque, nessa esteira, tendo em vista *assentar* que a publicidade infantil não é, em si, abusiva. Na mesma linha do referido acórdão do TJ-SP que o precedeu, o STJ entendeu que publicidade infantil, **no contexto do caso**, é prática abusiva, porque, conforme se viu, a abusividade decorreu, além da venda casada, da inobservância das normas do CONAR sobre o uso de linguagem imperativa¹³.

¹² Representações 345/08 e 346/08, fls. 26-27.

¹³ 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. (...) 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**

65. Todavia, o equívoco da Ré, ao se referir a precedente do CONAR que não suporta seus argumentos, esconde mais uma contradição sintomática de seu intuito de efetivar vedação prática a qualquer tipo de publicidade infantil, ao arrepio da lei e da jurisprudência, apesar do que afirmou expressamente na contestação acerca da legalidade desse tipo de publicidade.

.V.

VALOR DA MULTA

.V.1.

AUSÊNCIA DOS DEMONSTRATIVOS DE CÁLCULO E VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO

66. A Ré 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).

67. Já se teve oportunidade de demonstrar, no primeiro tópico desta réplica, que o referido cálculo, supostamente formalizado às fls. 520 e 571, não registra nenhuma simples operação matemática, e que não se demonstrou, no processo administrativo ou na contestação, como foram empregados os critérios para fixação de multas que constam das normas internas do PROCON-SP.

68. De fato, tanto a primeira memória de cálculo referida, de fl. 520, elaborada na vigência da Portaria n.º 26/2.006 do PROCON-SP, quanto a segunda memória de cálculo mencionada acima, de fl. 571, elaborada já na vigência da Portaria n.º 45/2.015, não fazem mais do que apresentar o valor já calculado da multa.

69. No entanto, o art. 18 da Portaria n.º 26/2.006 determinava que o cálculo de multa deveria ocorrer mediante uso de fórmula matemática expressamente definida:

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).

*"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".

70. No mesmo sentido, dispõe o art. 33 da Portaria n.º 45/2.015:

"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".

71. Sendo assim, era dever da Ré 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.

72. Não tendo procedido dessa forma, inquinou a cominação de multa de nulidade, porque a sanção decorreu de violação aos direitos fundamentais da Autora à ampla defesa e ao contraditório.

.V.2.

DESpropORCIONALIDADE DO VALOR DA MULTA

73. A Ré 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).

74. No entanto, se a Ré 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 cominada nestes autos. De fato, é isso o que se pode constatar da contestação, a fls. 812 e ss.

75. A Ré 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*”. Apesar de reconhecer que não foi auferida eventual vantagem da suposta infração considerada, desconsidera que esse suposta infração também não trouxe nenhum dano comprovado a consumidores, conforme demonstrado no item III.1 desta réplica (fl. 814).

76. Por fim, afirma que o princípio da separação de poderes impede que o 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).

77. A intransigência da Ré 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 Autora, impõe a interferência do Judiciário, que, ao contrário do infundado argumento da Ré, tem competência para avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade de sanções administrativas pecuniárias:

*“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**¹⁴.

"ADMINISTRATIVO. MULTA. PRÍNCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APECIAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DA PENALIDADE APLICADA. POSSIBILIDADE. APELO IMPROVIDO. 1. Trata-se de apelação 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**¹⁵.

"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

¹⁴ 00076404920104058400 – Apelação Cível - Des. José Maria Lucena - Data: 20/03/2014 - Primeira Turma - TRF5.

¹⁵ 00016290620114058000 - Apelação Cível – Des. Francisco Barros Dias - Data: 04/04/2013 - Segunda Turma - TRF5.

*e voluntários da autora e da ré improvidos. (...) **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**"¹⁶.*

78. Portanto, caso os pedidos principais da Autora não sejam acolhidos, o que, a esta altura, não parece ser possível, dado que a Ré não os controverteu, de modo que se presumem verdadeiros, deve a multa ser reduzida, a critério deste MM. Juízo, em virtude da desproporcionalidade do valor, agravada pela falta de transparência como foi calculado.

.VI.

CONCLUSÃO

79. Os argumentos lançados na contestação da Ré têm os mesmos vícios apontados pela Autora no processo administrativo de que tratam estes autos. Além de não ter controvertido argumentos da Autora por si só suficientes para justificar a procedência desta demanda, faz uso de argumentos inconsistentes, mal articulados, que confirmam a origem dos vícios formais e materiais perpetrados pelo PROCON-SP.

80. **Em vista de que a Autora não trouxe nenhum argumento ou prova novos nesta réplica, tendo-se restringido a rebater os argumentos da Ré com pontos já levantados na petição inicial ou pela própria Ré, a causa, portanto, encontra-se madura para sentença**, de modo que sejam afastadas, em definitivo, as apontadas violações

¹⁶ TJ-SP – Apelação - 994.05.105413-0 (410.285.5/2-00) Relator(a): José Santana; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 05/05/2010; Data de registro: 10/05/2010; Outros números: 4102855200.

aos direitos da Autora, que, ademais, aproveita para reiterar os argumentos e pedidos fixados na petição inicial.

Termos em que
pede deferimento.

São Paulo, 10 de fevereiro 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