

T | R

TAVARES, RAGAZZI E ADVOGADOS ASSOCIADOS

JAIR TAVARES DA SILVA

FILIPE EDUARDO DE LIMA RAGAZZI

JOÃO MARCELINO DA SILVA JUNIOR

ALEXANDRE LESSMANN BUTTAZZI

CELSO LUIS STEVANATTO

TIAGO SIQUEIRA TAVARES

MARCELO DE JESUS GALVÃO

MARINELA STEFANELLI DE SOUZA

ANA MARIA VALENTE CORDEIRO

JULIA AFFONSO FERREIRA MESQUITA

LUIZA HELENA ESTEVES PRIETO

CARLA ALESSANDRA MENIGHINI LADEIRA

FLÁVIA VÍCTOR CARNEIRO GRANADO

FÁBIO YUDI GUIDONE ONODERA

ADALBERTO NICOLAU JUNIOR

FRANCISCO CRISTIAN RODRIGUES DOS SANTOS

RENAN DE BRITO CAPARRÓZ

JULIANA MONTORO FLAITH

JULIANA PINHAS COUTO

ANA CAROLINA DE A. BORGES

NATASHA BARROS FURUKAVA MENDES

EDSON FABIO BRAZ DOS SANTOS

INGRID PESTANA DE ARRUDA B. RODRIGUES

ANA CAROLINA FRANCE DOS SANTOS DE PAIVA

MARINA BERTONCELLO CARVALHEDO STODUTO

THIAGO CARRARO BARIZON

RENATO FELIPE NETO

RAFAEL SANTOS FERREIRA

RAQUEL SELENE RIZZARDI

CARLA DA COSTA CALLEGARI

BRUNO PECLY SILVEIRA

ALEX SANDRO RODRIGUES DOS SANTOS

JOSINALDO ABREU DE ALMEIDA

TATIANE DE ASSIS CARVALHO

RAVENNA DE OLIVEIRA VASCONCELLOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA PRIMEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Processo nº 1001885-82.2014.8.26.0053

PANDURATA ALIMENTOS LTDA., por sua advogada, na "Ação Anulatória" movida contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO - PROCON (Proc. em epígrafe), intimada da r. sentença (fls. 761/763), e com a mesma não se conformando, no prazo e na forma estabelecidos nos artigos 508, 513 e seguintes do Código de Processo Civil, vem oferecer **APELAÇÃO**, nos termos e para os fins a seguir expostos.

Termos em que, da juntada da guia comprobatória do recolhimento das custas de preparo,
Pede deferimento.

São Paulo, 24 de abril de 2015.

JULIA AFFONSO FERREIRA MESQUITA
OAB/SP nº 254.095

ALAMEDA SANTOS, Nº 1800, 2º ANDAR, CERQUEIRA CÉSAR, CEP 01418-904, SÃO PAULO/SP - TEL.: 11 3372-7979 FAX: 11 3372-7959
RUA SÃO JOSÉ, Nº 20, 7º ANDAR, SALA 702, CENTRO, CEP 20010-020, RIO DE JANEIRO/RJ - TEL./FAX: 21 2220-2340

WWW.TAVARES RAGAZZI.ADV.BR

T | R

TAVARES, RAGAZZI E ADVOGADOS ASSOCIADOS

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA !**COLEND A CÂMARA JULGADORA !****MERITÍSSIMO DESEMBARGADOR RELATOR !****I.-****DA R. SENTENÇA RECORRIDA**

1.- Através da presente demanda a Autora, ora Apelante, fabricante dos produtos com a marca BAUDUCCO, buscou a declaração de insubsistência do auto de infração de multa lavrado pela Instituição Ré em razão da veiculação da campanha publicitária intitulada "Bichinho dos Sonhos."

Sucintamente, a propaganda que deu ensejo à multa, anunciava, através da interação de uma criança com os animais de pelúcia disponibilizados na promoção, oferta através da qual, mediante a apresentação de 5 embalagens de produtos da marca BAUDUCCO e o pagamento de R\$9,99 (nove reais e noventa e nove centavos), seria possível adquirir um bichinho de pelúcia.

A interação entre a criança e os animais de pelúcia consistia na antiga brincadeira notoriamente conhecida como "morto vivo", onde no comando de morto os participantes devem ficar imóveis e contrário acontece no comando de vivo.

2.- Perfunctoriamente analisando a demanda, entendeu o MM. Juiz *a quo* que a propaganda seria abusiva eis que teria se aproveitado "da deficiência de julgamento e da experiência limitada das crianças no claro intuito de induzi-las ao consumo das pelúcias, seja mediante a compra de produtos da marca Bauducco, seja separadamente." (fl. 762).

3.- *Data maxima venia*, o MM. Juiz *a quo*, de tantos outros acertos, não procedeu dessa forma no caso apreço.

O aludido decreto judicial de improcedência da ação não merece prevalecer, eis que a conclusão singular feriu os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV), da liberdade de expressão, livre iniciativa e concorrência (CF, arts. 5, incs. IV e IX, 170, caput e inc. IV), além de afrontar o artigo 37, parágrafo segundo, do Código de Defesa do Consumidor e também o comando inserto no parágrafo 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil.

II.-

DO CERCEAMENTO DE DEFESA

4.- Inicialmente, cumpre apontar a afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV).

5.- Instada a especificar as provas que pretendia produzir, a Apelante protestou pela produção de prova pericial a fim de demonstrar que "(i) a publicidade difundida pela Autora não tinha condão de se aproveitar da "deficiência de julgamento da criança", até porque não os tinha com público alvo e foi veiculada majoritariamente em horários noturnos; (ii) não causou transtornos psique da criança; (iii) a vantagem auferida através do anúncio, limitada aos produtos adquiridos para troca pelo brinde, é inferior ao valor estimado e utilizado como base de cálculo para imposição da penalidade." (fl. 750).

Isso não obstante, a r. sentença resolveu julgar antecipadamente o feito, assim arrostando o comando incerto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

6.- Sem qualquer embasamento técnico para tanto, concluiu a r. sentença que o anúncio divulgado pela Apelante seria abusivo porque “tal como veiculado, fez com que a criança acreditasse que os ‘bichinhos dos sonhos’ possuíam função mecânica e se movimentavam tal como no comercial, o que não ocorre na realidade.” (fl. 762).

Sem razão, contudo.

Os “bichinhos dos sonhos” disponibilizados na promoção eram pelúcias de animais que de fato se transformavam em travesseiros.

Não se pode presumir que o anúncio publicitário se aproveitou da deficiência e julgamento das crianças sem análise técnica atestando esse fato.

Segundo ensinamento do I. Jurista RIZZATTO NUNES para que um anúncio seja considerado abusivo, “**A abusividade, aliás, deve ser avaliada sempre tendo em vista a potencialidade do anúncio em causar um mal.**”¹

Não há nos autos, elemento algum, ainda que superficial, que aponte que a campanha difundida pela Apelante tenha se aproveitado da experiência da criança, causando dano em alguma criança, seja de ordem física ou psicológica.

Através das provas requeridas, poderia a Apelante demonstrar que mal algum causou a publicidade sob enfoque. Não se vê na campanha desrespeito ao menor, nem exploração do medo ou da superstição ou capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹ Luiz Antônio Rizzatto Nunes, “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, 4ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 478, n.g.

Era de rigor a realização de avaliação psicológica em crianças expostas ao anúncio e também à pelúcia distribuída na promoção, exame esse através do qual a Apelante certamente demonstraria que o anúncio não afeta, em nada a psique infantil.

Com o julgamento antecipado da lide, restou cerceado o direito de defesa da Apelante de esclarecer e comprovar, através de robusta prova, que a publicidade não era abusiva, porque não teve qualquer efeito sobre o psicológico da criança.

7.- Em casos como o presente a jurisprudência pátria já sedimentou o entendimento no sentido de que julgamento antecipado da lide acarreta cerceamento de defesa.

Nesse sentido confira-se o posicionamento de C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Evidenciada a necessidade de produção de provas requeridas pela ré, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.”²

8.- Concluindo, é **nula a r. sentença**, por ter sido cerceado o direito de defesa em ponto substancial, qual seja a não abusividade do anúncio publicitário, e que poderia ser constado através da perícia técnica requerida, sendo de rigor o decreto de sua nulidade, para que o processo retome seu regular curso, com a análise das provas postuladas pelas partes.

² STJ, REsp. nº 661.009/ES, 4ª T., rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 19/10/2010, n.g.

III.-
DAS RAZÕES PARA REFORMA DA R. SENTENÇA

9.- Superada a questão preliminar, no mérito a sentença também não merece prevalecer

A mensagem publicitária veiculada pela Apelante não abusou da deficiência de julgamento e experiência da criança. (cf. Propaganda, que pode ser acessada através do link: <http://www.youtube.com/watch?v=loHrOpc0rhw>), como V. Exas. poderão vislumbrar.

A campanha da promoção envolveu a mídia televisiva, impressa e também um site específico na internet e tudo isso foi transmitido, sem qualquer resquício de abusividade.

10.- Não se ignora que o intuito de qualquer campanha publicitária seja divulgar uma marca para assim atrair seu público consumidor.

Entretanto, trata-se de prática lícita, respaldada pelo pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência. (CF, arts. 5, incs. IV e IX, 170, **caput** e inc. IV).

Além de não impor qualquer obrigação aos consumidores, nem exigir-lhes a aquisição condicionada de produtos ou o consumo imoderado, a promoção divulgada pela Apelante teve o propósito educativo, lembrando brincadeira de outrora, esquecida nos tempos atuais da alta tecnologia em que predomina os jogos eletrônicos e o sedentarismo.

Não há qualquer possibilidade de que a promoção tenha violado o artigo 37, parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que **restaram preservadas a**

integridade física, psíquica e moral das crianças, sob qualquer aspecto.

11.- Ao contrário da conclusão singular, a publicidade em questão não induz o consumo excessivo, muito menos se aproveita da deficiência de julgamento da criança.

A promoção “Bichinhos dos Sonhos” era dirigida para todos os integrantes da família brasileira, mensagem essa que inclusive foi divulgada no anúncio da mídia televisiva e no site da promoção, “Da família Bauducco para sua família”.

Embora o público infantil também possa ter sido atingido pelo anúncio, é sabido que a escolha final quanto à aquisição de produtos, bem como participação em promoções cabe aos responsáveis pelo menor.

Afinal “Ainda que a publicidade busque sempre inflamar a vontade de compra, em persuasão à decisão e à ação de consumir, é certo que o público infantil, como regra participa penas no campo do fomento do desejo, já que a decisão de compra (ação consumidora) estão concentradas na pessoa dos adultos (pais ou responsáveis dos menores).”³

Nem mesmo os produtos envolvidos na promoção são exclusivamente destinados ao público infantil.

A Apelante, tradicional fabricante de produtos alimentícios, tem uma enorme e diversificada linha de produtos com a marca BAUDUCCO, dentre os quais, panettones, colombas de páscoa, biscoitos doces e salgados, bolos, rocamboles, wafers, cookies, torradas,...

³ TJSP, Apel. nº 0035929-18.2012.8.26.0053, 5ª Câm de Direito Priv., rel. Des. Maria Laura Tavares, j. 21/10/2013, n.g..

Nesse sentido, a decisão a respeito da aquisição, ou não, de produtos alimentícios, cabe aos pais e responsáveis pelo menor, esses sim dotados de discernimento para julgá-los necessários, adequados, tanto nutricional quando economicamente, para o consumo.

12.- A campanha “Bichinhos dos Sonhos” assumiu uma postura extremamente responsável para com seu público, buscando construir uma mensagem publicitária que divulgasse a promoção de modo sutil, com interação delicada, não empregando, em peça alguma da campanha qualquer elemento que pudesse caracterizá-la como abusiva.

A propaganda de divulgação dos “bichinhos dos sonhos” contém informações corretas, precisas e adequadas sobre todos os bens envolvidos na campanha publicitária.

O filme não contém apelo imperativo de consumo diretamente à criança e, por ser assim, impossível que sugira a necessidade de aquisição de todas as pelúcias disponíveis incitando o consumismo desenfreado.

Também não se pode concluir que o fato das pelúcias interagirem automaticamente com a criança configuraria aproveitamento da deficiência de julgamento da criança, já que as pelúcias de animais disponibilizadas na promoção, na realidade também viram travesseiros.

Além disso, a Apelante registra expressamente por escrito que “os bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos”⁴.

E na página eletrônica da promoção, a Apelante disponibilizou jogos educativos e ainda informações sobre alimentação saudável e qualidade de vida.

⁴ <http://www.youtube.com/watch?v=loHrOpc0rhw>

Foi assim que a promoção foi construída e é assim que ela foi interpretada, como uma relação absolutamente normal e adequada entre a marca e o seu público consumidor.

Ninguém entendeu a promoção “Bichinhos dos Sonhos” como uma violência à psique infantil, como um estímulo ao consumismo.

A Apelante não foi acionada por nenhum consumidor, quer seja por meio do serviço de atendimento ao consumidor ou judicialmente, reclamando sobre a abusividade da propaganda.

Não há assim, qualquer caráter abusivo ou discriminatório, restando imaculado o parágrafo segundo do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

13.- E é nesse sentido que se coaduna a jurisprudência do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Analizando caso idêntico ao presente, de promoção através da qual o consumidor poderia trocar embalagens de produtos por um brinde, o I. Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI registrou: **“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.”** ⁵

⁵ TJSP, Apel. nº 0025180-44.2009.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 27/11/2012, n.g..

Em igual sentido o I. Desembargador ÊNIO SANTARELLI ZULIANI "Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o marketing do fabricante, **impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento.**"⁶

14.- Abusiva é a decisão da Apelada e "**Acatar a tese defendida pelo recorrido (PROCON) acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a ponto de limitar sobremaneira a criatividade publicitária.**"⁷.

Em outras palavras, o anúncio difundido pela Apelante não arrostou qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e posicionamento em sentido contrário configuraria censura e ofenderia a liberdade de expressão publicitária.

IV.- **DO VALOR DA MULTA**

15.- Na remota hipótese de que se considere abusiva a propaganda divulgada pela Apelante, anote-se que o valor da multa

⁶ TJSP, Apel. nº 566.275.4/7, 4ª Câm de Direito Priv., rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 03/9/ 2009.

⁷ TJSP, Apel. Cível nº 558.085.5/0-00, 7ª Câm. de Direito Público, rel. Des. Nogueira Diefenthaler, j. 10/3/2008, n.g.

fixada pela Apelada não encontra amparo no princípio da razoabilidade.

16.- Prevê o artigo 57 do Código Consumerista que a pena de multa deve ser graduada de acordo com a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do infrator.

No caso vertente, estes critérios não foram corretamente considerados, em que pese a fórmula de cálculo utilizada pela Apelada ter sido elaborada de forma a abarcá-los, ao menos em tese.

17.- Alicerçado na Portaria nº 26/2006 (fl. 68), a Apelada alega que calculou a multa em questão com o uso de fórmula composta pelos seguintes elementos: gravidade da infração, vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (art. 29 e 30, da Portaria Procon nº 26/2006).

18.- Observa a Apelante, com base nos próprios critérios constantes da referida portaria, as seguintes ilegalidades nos fatores utilizados no cálculo da multa fixada no procedimento administrativo:

a.- fator gravidade da infração:

A fórmula de cálculo em questão utiliza-se de quatro grupos de infrações.

No grupo III, em que foi enquadrada a conduta da Apelante, constam outras vinte e seis, todas elas muito mais graves do que a descrita no Auto de Infração.

Verifica-se, então, que tal enquadramento deixa na mesma posição o fornecedor que, em tese, anuncia publicidade abusiva e aquele que, por exemplo, insere "... informações negativas

não verdadeiras ou imprecisas em cadastro de consumidores” ou “exigir multa de mora superior ao limite legal” (fls. 89/90), em absoluta **desarmonia ao princípio constitucional da proporcionalidade.**

b.- fator vantagem auferida:

Foge do razoável, considerar a receita média mensal de todas as atividades da Apelante, enquanto a promoção envolveu número certo e determinado de pelúcias.

Na pior das hipóteses, a vantagem auferida deveria ser limitada à receita líquida advinda com a venda dos produtos que foram objeto de troca pelas pelúcias disponibilizadas na promoção, e não ao valor estimado de faturamento pelo próprio Órgão Apelado, conforme se verifica no demonstrativo elaborado pela Apelada (fls. 92).

19.- Nesse contexto, caso seja mantido o entendimento da ilegalidade da publicidade, ao menos deve ser minorado o valor da multa imposta, adotando-se os critérios aqui trazidos.

V.-

DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA

20.- Finalmente, caso a r. sentença não seja reformada hipótese em que será invertido do ônus de sucumbência, o que se admite apenas *ad argumentandum*, deverá ser adequada para corrigir a forma como fixado os honorários devidos para parte contrária.

21.- Em se tratando de sentença de improcedência, inexistindo valor de condenação, os honorários devem ser fixados por equidade pelo Juiz, observado o grau de zelo do profissional, o lugar

da prestação do serviço, a natureza da causa e o tempo de serviço (CPC, art. 20, § 4º) e não sobre o valor da causa.

Nesse sentido, confira-se entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

“ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - Decisão que extinguiu a ação sem resolução do mérito - Interposição de apelação pela ré pleiteando a fixação dos honorários advocatícios com base no valor da causa - Descabimento - Verba adequadamente fixada de acordo com o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil - Recurso improvido.”⁸

Tendo a r. sentença fixado a verba honorária em 10% sobre o valor da causa, esse valor corresponde, sem qualquer atualização à R\$35.624,00, montante esse que se mostra exagerado frente as particularidades da demanda e afronta o preceito estabelecido no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

A presente demanda, tramitou, por pouco mais de 1 ano, perante a Fazenda Pública da Capital e não teve dilação probatória, tendo o trabalho do patrono da parte contrário se limitado na apresentação contestação e especificação de provas.

Sem querer desprestigiar o trabalho realizado pelo patrono da parte adversa, a honorária fixada que atinge valor superior à R\$35 mil reais, se mostra exagerada merecendo ser brutalmente reduzida.

⁸ TJSP, Apel. nº 9154094-74.2005.8.26.0000, 6ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Sebastião Garcia, j. 22/09/2011, n.g.

T | R

TAVARES, RAGAZZI E ADVOGADOS ASSOCIADOS

22.- Além disso, a r. sentença determinou que os honorários fossem “acrescido de juros legais, não capitalizados, desde a citação” (fl. 763).

Não há que se falar em juros de mora desde a citação sobre a verba de sucumbência, isso porque essa mora só ocorrerá se e quando transitar em julgado a r. sentença.

23.- Assim, caso a r. sentença hostilizada não seja reformada para julgar procedente a demanda, a verba honorária deverá se reduzida, em observância aos parâmetros estabelecidos no parágrafo 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, ou ao menos seja afastado o acréscimo de juros de mora a partir da citação.

VI.- **DO PEDIDO**

24.- Diante do exposto, e graças aos melhores suprimentos que V. Exas. certamente aportarão, a Apelante requer seja dado provimento ao recurso para decretar a nulidade da r. sentença, por ter sido cerceado o direito de defesa em ponto substancial e no mérito requer seja julgada procedente a demanda dada a inexistência de prática abusiva na publicidade intitulada “Bichinho dos Sonhos”, decretando a nulidade do auto de infração nº 00572 D8 e insubsistente a penalidade aplicada, com a inversão do ônus sucumbência.

Sucessivamente, aguarda a Apelante, seja reduzido o valor da multa arbitrada pela Apelada e adequado o valor da verba honorária fixada em prol da parte contrária.

São Paulo, 24 de abril de 2015.

JULIA AFFONSO FERREIRA MESQUITA
OAB/SP nº 254.095

ALAMEDA SANTOS, Nº 1800, 2º ANDAR, CERQUEIRA CÉSAR, CEP 01418-904, SÃO PAULO/SP - TEL.: 11 3372-7979 FAX: 11 3372-7959
RUA SÃO JOSÉ, Nº 20, 7º ANDAR, SALA 702, CENTRO, CEP 20010-020, RIO DE JANEIRO/RJ - TEL./FAX: 21 2220-2340

WWW.TAVARESRAZZI.ADV.BR