



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000458873

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001885-82.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PANDURATA ALIMENTOS LTDA., são apelados FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento em parte ao recurso, vencidos o 2º e o 3º Juízes. Estenderam o julgamento nos termos do art. 942 do Novo CPC com a participação dos Desembargadores Teresa Ramos Marques e Antonio Carlos Villen que acompanharam o Relator sorteado. Acórdão com Relator sorteado. Declarará voto o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, TERESA RAMOS MARQUES E ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 18 de junho de 2018.

MARCELO SEMER
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1001885-82.2014.8.26.0053

Apelante: Pandurata Alimentos Ltda.

Apelados: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON e Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Interessado: Instituto Alana

Comarca: São Paulo

Voto nº 9651

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. PUBLICIDADE ABUSIVA. ART. 37, §2º, CDC.

1) Admissão do Instituto Alana na qualidade de *Amicus Curiae*, nos termos do artigo 138 do CPC, deferindo-lhe a juntada de documentos e a faculdade de sustentação oral na sessão de julgamento do recurso.

2) Pleito de nulidade. Cerceamento de defesa afastado. Elementos dos autos suficientes para o deslinde da causa.

3) Ausência de violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa na esfera administrativa. Propaganda publicitária (“Bichinhos dos Sonhos”) que mostra uma criança interagindo com bichos de pelúcias que se movimentam e falam sob o seu comando de voz. Brinquedos que não possuem qualquer mecanismo que possibilitem sua movimentação ou fala. Configurado o aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência inerentes às crianças, fomentando o consumo das pelúcias. Informação de que “*os bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos, conforme sitio de internet*” prestada em dimensão bem diminuta em relação à temática principal. Inocorrência de limitação aos princípios constitucionais da liberdade de expressão, livre iniciativa e livre concorrência. Infração ao código consumerista evidenciada. Auto de infração. Subsistência.

3) Multa aplicada nos termos dos arts. 56, I, e 57, CDC. Exorbitância do valor. Inocorrência. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Arbitramento compatível com a gravidade da infração, cuja repercussão não se pode precisar.

4) Fixação de honorários advocatícios que deve observar as disposições do art. 20, §4º, CPC/73. Sentença de improcedência mantida. Recurso de apelação parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Pandurata Alimentos Ltda contra a r. sentença de fls. 761/763, proferida em 12/02/15, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, que visava à declaração de nulidade do auto de infração nº 00572 D8, com a consequente decretação de insubsistência da penalidade aplicada e dos atos administrativos perpetrados pela ré, ou, subsidiariamente, a minoração da multa ali lançada. Em razão da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sucumbência, deverá a demandante arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa, pela Tabela Prática deste E. Tribunal, desde o ajuizamento e acrescido de juros legais, não capitalizados, desde a citação.

Em suas razões recursais, preliminarmente, sustentou ter havido cerceamento de defesa, pois, embora tenha especificado as provas que pretendia produzir, o D. Magistrado de primeira instância julgou o feito antecipadamente arrostando o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois, sem qualquer embasamento técnico para tanto, concluiu a r. sentença que o anúncio divulgado pela apelante seria abusivo, motivo pelo qual postula pela nulidade do *decisum*.

No mérito, alega, em síntese, que a mensagem publicitária veiculada pela apelante não abusou da deficiência de julgamento e experiência da criança, sendo lícita a campanha promovida, respaldada pelos princípios constitucionais da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência.

Acrescenta que a mensagem não impôs qualquer obrigação aos consumidores, nem exigiu aquisição condicional de produtos ou consumo imoderado, além de ter propósito educativo.

Assevera que restaram preservadas a integridade física, psíquica e moral das crianças, sob qualquer aspecto, não havendo qualquer possibilidade de que a promoção veiculada tenha violado o artigo 37, §2º, do CDC.

Salienta, ademais, que a promoção “Bichinhos dos Sonhos” era dirigida para todos os integrantes da família brasileira, conforme, inclusive, divulgado no anúncio da mídia televisiva e no *site* da promoção.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Observa também que a escolha final quanto à aquisição de produtos, bem como participação em promoções cabe aos responsáveis pelo menor, além do que, os produtos envolvidos na promoção não são exclusivamente destinados ao público infantil, ante a enorme e diversificada linha de produtos com a marca Bauducco.

Aduz que a propaganda em questão contém informações corretas, precisas e adequadas sobre todos os bens envolvidos na campanha publicitária, não contendo o filme 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.

Informa que constou expressamente por escrito que “os bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos” tendo sido também disponibilizado na página eletrônica jogos educativos e informações sobre alimentação saudável e qualidade de vida.

Postula, assim, pela procedência da ação.

Em caso de entendimento diverso, ressalta que o valor da multa fixada não encontra amparo no princípio da razoabilidade, não tendo sido considerados corretamente os critérios fixados no artigo 57 do Código Consumerista, pleiteando pela sua minoração.

Por fim, requer a redução da verba honorária para que seja observado os parâmetros estabelecidos no parágrafo 4º, do artigo 20, do CPC/73, ou ao menos seja afastado o acréscimo de juros de mora a partir da citação (fls. 766/779).

Recurso tempestivo e preparado, tendo sido recebido em seus regulares efeitos (fls. 784).

Contrarrazões à fls. 786/808.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em seguida os autos foram remetidos a este E. Tribunal de Justiça e distribuídos a esta relatoria.

A D. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer de fls. 886/892, opinou pelo desprovimento do recurso de apelação.

O Instituto Alana, tendo requerido à fls. 811/815, e estando preenchidos os requisitos e adequada sua representatividade, fora admitida ao presente feito na qualidade de *Amicus Curiae*, nos termos do artigo 138 do CPC, sendo-lhe deferida a juntada dos documentos que acompanharam seu pedido de intervenção, bem ainda a faculdade de sustentação oral na sessão de julgamento do recurso (fls. 894/897).

É o relatório.

De início, afasta-se a matéria preliminar de cerceamento de defesa. O julgamento da ação sem a produção da prova técnica não caracterizou o alegado vício. Significou, apenas, que o magistrado, a quem a prova era destinada, estava apto a proferir decisão, uma vez que os elementos produzidos nos autos eram suficientes para a formação do seu livre convencimento.

De todo modo, a prova requerida era mesmo despicienda, uma vez que os elementos probatórios contido nos autos são suficientes ao deslinde da causa, como se verá.

Trata-se de ação anulatória ajuizada por Pandurata Alimento Ltda em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON, através da qual se insurge contra o Auto de Infração nº 00572-D8 – Processo nº 1087/2011 e aplicação da multa de R\$ 356.240,00, lavrado em razão da campanha publicitária veiculada, denominada “Bichinho dos Sonhos”.

Consta do auto lavrado supra mencionado (fls. 47)

que:

“No vídeo veiculado na TV aparece uma criança em seu quarto, junto dos seis bichinhos que compõem a coleção”.

A criança interage com os personagens dizendo comando que os fazem, sozinhos, transformarem em travesseiros e, posteriormente em bichinhos novamente.

[...]

A apresentação dos brinquedos interagindo, faz nascer na criança o desejo de adquiri-los em conjunto para reproduzir o enredo do comercial ou suas próprias fantasias. Este sugestionamento sutil, aproveitando-se da deficiência de julgamento da criança deve ser contido na publicidade.

E mais, a situação explorada no comercial sugere, ainda que de forma sutil, a compra de todos os bichinhos da promoção, restando desta forma, patente a infração ao Código de Defesa do Consumidor, ao veicular o fornecedor, em publicidade televisiva, seus produtos, usando da imaturidade infantil, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança.”

A requerente foi autuada por infração ao art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

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

A ação anulatória foi julgada improcedente ao argumento de que a autora aproveitou-se da deficiência de julgamento e da experiência limitada das crianças, público alvo da campanha publicitária, no claro intuito de induzi-las ao consumo das pelúcias, seja mediante a compra de produtos da marca Bauducco, seja separadamente, aduzindo, ademais, que os direitos conferidos ao empresário, devem ser interpretados de forma conjunta com os princípios constitucionais, máxime em se

tratando de direitos das crianças. Quanto à multa, entendeu o D. Magistrado não merecer acolhida o pleito de redução, considerando-a comedida ante o poder econômico da autuada e a gravidade e flagrância do ato ilegal cometido tendo por alvo crianças, que são mais vulneráveis a tal expediente.

Daí adveio o presente recurso de apelação.

Ressalvados os esforços argumentativos da empresa autora, o apelo não merece prosperar.

Importa, desde logo ressaltar que não se verifica violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa no processo administrativo, por qualquer perspectiva que se analise a questão como, aliás, bem pontuou o D. Magistrado *a quo*:

“[...]”

Por primeiro, o AI nº 00572 – Série D7, (fls. 47/49) e o procedimento administrativo dele decorrente, não apresentam vício formal, os requisitos legais de validade foram preenchidos, a capitulação e motivação das infrações, e respectiva multa, foram devidamente justificadas de forma a permitir a compreensão dos motivos que ensejaram as autuações, tendo a autora, inclusive, apresentado ampla defesa na esfera administrativa (fls. 605/610 e fls. 657/666).

“[...]”

No mais, incontroverso restou que a demandante fora responsável pela veiculação de campanha publicitária em que uma criança interage com bichinhos de pelúcia, de modo que, sob o comandado verbal daquela, através das palavras “bicho” e “travesseiro”, eles, respectivamente, levantam-se e deitam-se e, inclusive, um deles, o elefante, expressa-se verbalmente durante o vídeo (sítio virtual <https://youtu.be/7a-PK2seY0Y>).

Entretanto, tais brinquedos não possuem qualquer

mecanismo que possibilitem sua movimentação ou sua fala.

A publicidade tal como veiculada acabou por incutir no público infantil uma crença que inexistia, ou seja, de que os brinquedos movimentavam-se e falavam sob comando vocal, fato este irreal, aproveitando-se, assim, da deficiência de julgamento e experiência inerentes às crianças.

Nem se diga que o fato de haver no vídeo publicitário a informação de que *“os bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos, conforme sitio de internet”* retira a abusividade ali contida. Dentro de um vídeo de trinta e dois segundos, a informação apenas aparece por escrito ao final, no vigésimo sétimo segundo, no canto inferior da tela e no momento em que são focalizadas todas as pelúcias possíveis de serem adquiridas na dita promoção. Uma passagem insignificante, escrita em letras de fonte mínima. Conclui-se, assim, que a dimensão dada a esta informação é bem diminuta se comparada à temática principal transmitida. Uma informação tão escondida, que na verdade revela o próprio intuito de não se fazer percebida.

De outra parte, a alegação de que a campanha era dirigida à família não merece prosperar. É claro que o público almejado era o infantil, não só em razão do conteúdo principal que versava sobre brincadeira (antes denominada “morto-vivo”), mas porque também envolvia a aquisição de brinquedo, ambos infantis.

Ademais, a exibição tal como relatada, por óbvio que incutiu nas crianças a pretensão de ganhar/adquirir os tais bichinhos de pelúcia, fomentando, portanto, o consumo -e ainda alimentar-, seja acompanhado dos produtos (cinco embalagens + R\$ 9,99), seja isoladamente sob o pagamento de R\$ 30,00. Se considerarmos que toda

propaganda é dirigida aos pais, pois são eles que adquirem os produtos, estaríamos anulando a própria norma que tutela a abusividade.

E em nome da defesa da própria saúde das crianças, em estagios de crescimento, não faz sentido estimular a aquisição de produtos alimentares como mecanismo de obtenção de brinquedos. Os excessos alimentícios já são suficientemente graves na sociedade para que a alimentação seja tratada como um meio para a obtenção de brinquedos.

Por óbvio que a conduta praticada pela empresa possui potencial de alcance indeterminado, o que justifica o controle administrativo, como foi feito com a abertura do processo administrativo.

E não se trata de limitação ao que dispõem os princípios constitucionais da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da livre concorrência, mas de observar que não são eles absolutos, principalmente quando atentam contra outras garantias também constitucionalmente asseguradas, como no caso, às disposições do artigo 227, da Carta Magna: *“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”*

E como bem fundamentou o Desembargador Antonio Celso Aguiar Cortez, em hipótese análoga:

“[...]

Não é o tipo de promoção (“junte e troque”) que é abusivo, mas o próprio vídeo publicitário, e é irrelevante que as crianças não possam, por si, adquirir os produtos. Tamanhos são os efeitos nocivos do direcionamento da publicidade que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculado à Secretaria dos

Direitos Humanos expediu, em 2014, a Resolução nº 163, que considera abusiva toda a propaganda direcionada a crianças.

Por fim, a liberdade de expressão, assim como outros direitos garantidos no art. 5º da CF/88, não é absoluta e deve se conformar às demais garantias constitucionais. Daí a possibilidade de aplicar sanções em caso de veiculação de propaganda abusiva. ”

[...]” (TJSP; Apelação 0044517-82.2010.8.26.0053; Relator (a): Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/03/2017; Data de Registro: 30/03/2017) (g.n.)

Vale aqui destacar que a referida Resolução nº 163 do CONANDA dispôs sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, considerando o que estabelece o artigo 227, da Constituição Federal, artigos 2º, 3º, 4º e 86 da Lei nº 8.069/90, parágrafo 2º do artigo 37, da Lei nº 8.078/90, bem ainda “*considerando o Plano Decenal dos direitos Humanos de Crianças e Adolescentes especialmente o objetivo estratégico 3.8 – ‘Aperfeiçoar instrumentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação’*”.

E de seu artigo 2º consta o seguinte:

“[...]

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III - representação de criança;

IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V - personagens ou apresentadores infantis;

VI - desenho animado ou de animação;

VII - bonecos ou similares;

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

§ 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

[...]”

Portanto, por qualquer ângulo em que se visualize a questão, efetivou-se a infração ao código consumerista pela veiculação de publicidade abusiva.

Sendo assim, é de se concluir pela ocorrência da infração ensejadora da multa, subsistindo o auto de infração imposto, diante das evidências de violação às normas de defesa do consumidor.

Sobre o tema aqui em discussão, assim já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.558.086/SP interposto pela empresa aqui autora, assim ementado:

“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." (RESp nº 1.558.086-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma do STJ, j. 10/03/16)

Prossigo em análise à aplicação da multa.

Verifica-se que fora aplicada pena pecuniária de R\$ 356.240,00 (fls. 92), estipulada nos termos dos artigos 56, inciso I, e 57 da Lei nº 8.078/90, *in verbis*:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

[...]

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a [Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. [\(Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993\)](#)

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. [\(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993\)](#)

[...]"

Consoante se depreende dos documentos que instruíram o feito, especialmente o demonstrativo de cálculo a fls. 92, o valor da multa foi alcançado mediante análise do número de infrações (uma), da receita média mensal da empresa infratora (R\$ 116.000.000,00) e da gravidade da conduta que, nos termos do Anexo I, da Portaria Normativa do Procon nº 33/09, acrescentado pela Portaria Normativa Procon 36/10 (e atualmente revogada pela Portaria Normativa do Procon nº 45/15, mas aplicável à hipótese), é enquadrada no grupo de nível III a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

infração consistente em *promover publicidade enganosa ou abusiva*.

E a multa não se revela desarrazoada, pois fixada segundo os parâmetros do artigo 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, sendo compatível com a gravidade da infração, cuja repercussão nem sequer se pode precisar, visto que a publicidade abusiva foi veiculada não só pela televisão, mas também através de sítio virtual na internet, além da expressiva capacidade econômica da empresa infratora.

Em acréscimo, a Portaria Normativa Procon nº 26/2006 (também atualmente revogada pela Portaria Normativa do Procon nº 45/15, mas aplicável à hipótese), explica os critérios para o estabelecimento do valor da multa, dentro dos parâmetros traçados pela lei, não apresentando inovação no ordenamento jurídico, nem criação de direitos, deveres, obrigações, ou imposição de vedações de qualquer espécie aos administrados, apenas estabelece regras de cálculo, aplicáveis com base nos patamares legais já estabelecidos pelo CDC.

Também não se mostra desarrazoado o fato de ter sido considerada a receita média mensal de todas as atividades da apelante para apuração do montante da multa.

Observe-se o contido na manifestação técnica coligida aos autos do processo administrativo (fls. 51/63):

“[...] para apuração do montante a ser pago, não foi considerado que o Interessado tenha auferido vantagem econômica com a conduta lesiva, sendo então enquadrada a situação como 'vantagem não apurada', destarte, o Interessado.

Logo, o argumento de que o valor da vantagem auferida pelo Interessado corresponderia 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 autuante, resta prejudicado, na medida em que in casu foi enquadrada a situação como 'vantagem não apurada', e a norma autoriza que o Procon estime o valor da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

multa considerando o porte econômico do fornecedor". (grifos do original).

Segundo disciplina a Portaria Normativa Procon nº 26/2006, *“vantagem não apurada ou não auferida, assim consideradas, respectivamente, as hipóteses em que não restar comprovada a obtenção de vantagem com a conduta infracional ou a infração, pelas próprias circunstâncias, não implicar na auferição desta”* (art. 16, I).

Estabelece, ademais, que *“a condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão”* (art. 17, caput).

E assim, procedeu a fiscalização, valendo ressaltar que, ainda que o parágrafo primeiro do artigo 17 supra transcrito preveja que *“a média da receita mensal bruta estimada pela Fundação PROCON-SP poderá ser impugnada até o trânsito em julgado no processo administrativo, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos: I – Guia de informação e apuração de ICMS – GIA; II – Declaração de arrecadação do ISS; III - Demonstrativo de resultado do exercício – DRE; IV – Declaração de Imposto de Renda; V – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro Empresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES”*, pelo que dos autos consta, nada foi apresentado neste sentido (fls. 62), questão sobre a qual não explica a empresa apelante.

A respeito, importa destacar fundamentação lançada pela Desembargadora Maria Laura de Assis Moura Tavares, em voto de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sua relatoria, quando do julgamento da Apelação nº 1005840-24.2014.8.26.0053:

“[...] A multa foi aplicada com base nos artigos 56, inciso I, e 57 do Código de Defesa do Consumidor, no valor de R\$1.870.186,67 (fl. 654 e 449).

Conforme estabelece o artigo 32, § 1º da Portaria Normativa nº 26/2006, a autora teve até o trânsito em julgado da decisão administrativa para impugnar a média da receita mensal bruta estimada pelo Procon, afastando a estimativa realizada pelos agentes do Procon. Bastava a apresentação de qualquer dos documentos ali especificados. Ocorre, entretanto, que a autora não apresentou documentação hábil, descabendo agora impugnar a base de cálculo da penalidade na esfera judicial. Aliás, não há nos autos documento que comprove cabalmente que deveria ser utilizado como base valor distinto.

O artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor estabelece os parâmetros mínimo e máximo da multa aplicável pela infração às normas de defesa do consumidor, sanção prevista no artigo 56, inciso I, da Lei 8.078/1990, possuindo o seguinte teor:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único A multa será em montante não inferior a duzentos e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

A imposição da multa tem previsão legal, e a Portaria Normativa nº 26/2006, conforme alterada, limitou-se a estabelecer os critérios para a aplicação da penalidade, sendo que o Administrador Público recebeu atribuição e competência para fixar a pena de multa de modo concreto.

A multa questionada foi fixada em respeito à regra do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, com valoração da gravidade da infração e a capacidade econômica do infrator. Os parâmetros quantitativos de arbitramento da pena se apresentam razoáveis e seguem os critérios objetivos estabelecidos na portaria mencionada. Assim, não há qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na multa em questão. [...]”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, temos que o valor da multa obedeceu aos limites previstos no artigo 57, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e então vigente Portaria Normativa Procon nº 26/2006, sem ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De outra parte, assiste razão a autora quanto à fixação dos honorários sucumbenciais.

A r. sentença foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil/1973, portanto, aplicável à espécie a disciplina contida no artigo 20, §4º, daquele *Codex*: “*Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.*”

Deve, portanto, o juiz arbitrá-los por equidade, considerando o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Em tal situação, o magistrado não está vinculado aos limites máximo e mínimo previstos no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, nem a imposição da verba honorária sobre o valor da condenação, podendo ser adotado até mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade, em consonância com a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça (ED no REsp nº 624.356, Relator: Ministro Nilson Naves, Órgão julgador: Corte Especial, data do julgamento: 17/06/2009; RE nº 1.1155.125-MG, Relator: Ministro Castro Meira, Órgão julgador: Primeira Seção, data do julgamento: 10/03/2010).

Via de consequência, na hipótese dos autos, dada a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

natureza da causa, o local da prestação do serviço e o zelo do defensor, razoável a fixação dos honorários em R\$ 10.000,00, que bem remunera o trabalho despendido pelo causídico.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto, nos termos sobreditos.

MARCELO SEMER
Relator



Apelação nº 1001885-82.2014.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Apelante: Pandurata Alimentos Ltda.

Apelados: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON e
Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Interessado: Instituto Alana

DECLARAÇÃO DE VOTO

VOTO N. 3093/17

Ação anulatória de multa. Peça publicitária dirigida ao público infantil. Auto de infração aplicado pela Fundação PROCON, por violação ao art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Inexistência de abusividade na estratégia publicitária. Prejuízo que deve ser demonstrado de maneira evidente. Auto de infração anulado. Recurso provido.

VISTOS.

Contra sentença que julgou improcedente ação anulatória de multa imposta pela Fundação PROCON, ajuizada por Pandurata Alimentos Ltda (fls. 761/763), apelou a autora alegando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide; no mérito, alegou que a mensagem publicitária veiculada não abusou da deficiência de julgamento e experiência da criança; aduziu que não houve qualquer imposição aos consumidores, inexistindo violação ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor; disse que a propaganda de divulgação dos “bichinhos dos sonhos” contém informações corretas, precisas e adequadas e que ficou registrado que tais bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos; requereu, assim, a procedência da ação, com a anulação da multa imposta ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa, considerada abusiva, bem como a redução dos honorários advocatícios sucumbenciais (fls. 766/779). Foram apresentadas contrarrazões defendendo a sentença (fls. 786/808). Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento do recurso, mantendo-se a r. sentença (fls. 886/892). O Instituto Alana foi admitido na qualidade de *Amicus Curiae*, nos termos do artigo 138, do CPC (fls. 894/897)

É o relatório.

Respeitado o entendimento contrário, a ação deve ser julgada procedente, anulando-se a multa imposta.

De acordo com os documentos juntados aos autos, a autora foi autuada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON (Auto de Infração nº 00572-D8 – Processo nº 1087/2011), por infração ao art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, com aplicação de multa no valor de R\$ 356.240,00, em razão da campanha publicitária denominada “Bichinho dos Sonhos”.

Conforme consta do referido laudo:

“No vídeo veiculado na TV aparece uma criança em seu quarto, junto dos seis bichinhos que compõem a coleção”.

A criança interage com os personagens dizendo comando que os fazem, sozinhos, transformarem em travesseiros e, posteriormente em bichinhos novamente.

[...]

A apresentação dos brinquedos interagindo, faz nascer na criança o desejo de adquiri-los em conjunto para reproduzir o enredo do comercial ou suas próprias fantasias. Este sugestionamento sutil, aproveitando-se da deficiência de julgamento da criança deve ser contido na publicidade.

E mais, a situação explorada no comercial sugere, ainda que de forma sutil, a compra de todos os bichinhos da promoção, restando desta forma, patente a infração ao Código de Defesa do Consumidor, ao veicular o fornecedor, em publicidade televisiva, seus



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

produtos, usando da imaturidade infantil, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança.” (fl. 47)

Já o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, assim dispõe:

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

Contudo, a campanha publicitária discutida nestes autos não violou o dispositivo legal acima referido.

De fato, as crianças são mais suscetíveis às sugestões contidas nas peças publicitárias, entretanto não se pode supor não haja margem para decisão ou escolha racionalizada por parte dos consumidores com menor idade.

Em que pese o fato de os “bichinhos” fazerem movimentos e falarem durante a peça publicitária veiculada pela autora, não é de se supor que as crianças acreditem que tais movimentos sejam reais. No mundo em que vivemos atualmente as crianças estão muito mais expostas, e não são mais facilmente iludidas como podiam ser, se o eram, há alguns anos. A fantasia sempre foi inerente ao mundo das crianças. O fato de brincar com seres inanimados como se fossem vivos sempre fez parte do universo infantil.

Não se pode presumir que a estratégia publicitária seja abusiva, devendo o prejuízo ser demonstrado de maneira evidente, sendo inadmissível a interpretação literal da Resolução CONANDA n. 163/2014.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Há precedentes, neste mesmo sentido, neste E.

Tribunal de Justiça:

“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 ateve 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.” (TJSP; Apelação 0025180-44.2009.8.26.0053; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/11/2012; Data de Registro: 28/11/2012)

“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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA – Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável – Precedente jurisprudencial – Apelação do PROCON não provida.” (TJSP; Apelação 0018234-17.2013.8.26.0053; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/06/2015; Data de Registro: 30/06/2015)

Destarte, inexistindo abusividade na publicidade veiculada pela autora, deve ser anulado o Auto de Infração nº 00572-D8, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso, nos termos acima.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
2º JUIZ (VENCIDO)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	17	Acórdãos Eletrônicos	MARCELO SEMER	8C77E63
18	22	Declarações de Votos	ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ	8D102DA

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1001885-82.2014.8.26.0053 e o código de confirmação da tabela acima.