



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

CONCLUSÃO

Em 8 de agosto de 2018, faço estes autos conclusos ao MM. Juiz de Direito, Excelentíssimo Senhor Doutor KENICHI KOYAMA. Eu, _____, escrevente, subscrevo e assino.

SENTENÇA

Processo nº: 1015328-03.2014.8.26.0053
 Classe - Assunto: Procedimento Comum - CND/Certidão Negativa de Débito
 Requerente: ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI
 Requerido: PROCON/SP - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR e outro

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Kenichi Koyama

VISTOS.

Cuida-se de AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO E INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA promovida por ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI em face de PROCON/SP - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR e outro na qual se pretende a suspensão de quaisquer medidas coercitivas decorrentes do AI 5466 e da certidão ativa nº. 1.133.509.851, com a consequente emissão de Certidão Negativa de Débito. Pretende ainda a declaração de nulidade do ato administrativo e do crédito tributário decorrente do AI nº. 5466 posto que não cometeu qualquer ilicitude ao promover a campanha "Que bicho é esse?" e que a multa aplicada pelo PROCON à autora é confiscatória e desproporcional, cancelando a inscrição na dívida ativa. Por fim, caso entendido ser devido a multa aplicada à autora, que seja anulado parcialmente o AI nº. 5466 que deu origem ao crédito tributário inscrito, de modo que a multa aplicável seja reduzida a um patamar razoável e proporcional. Alega que a multa guerreada afronta o direito de publicidade, criando norma proibitiva inexistente na legislação vigente em nosso país, bem como que ignorou o caráter educacional da campanha e as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Foi DEFERIDA a liminar (fls. 348/351).

PROCON/SP - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR ofereceu CONTESTAÇÃO (fls. 372/411). No mérito, defendeu-se alegando que de fato não há ilegalidade nas campanhas publicitárias que envolvam crianças, mas nos termos do art. 37, § 2º, do Código



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

de Defesa do Consumidor, a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, por conseguinte, ilegal. Argumentou que psicólogos e educadores, profissionais com conhecimento de causa alertam sobre as consequências lesivas do modo como a maioria da publicidade direcionada ao público infantil desrespeita o desenvolvimento da criança, não havendo que se falar em "entendimento subjetivo" ou "achismo" da Fundação PROCON-SP. Aduziu que a campanha publicitária em questão consistia na venda de alimentos acompanhados de brindes colecionáveis, ora brinquedo e livro, e foi promovida em vários mecanismos, sendo um deles em vídeo, que transpassa mensagem abusiva, no sentido de inculcar no público infantil o sentimento de necessidade de se ter um ou mais dos brinquedos da aludida promoção para brincar, divertir-se e ser feliz. Ressaltou que em momento algum dessa campanha publicitária é informado que o kit acompanha os livros mencionados na defesa; que os brindes acabam sendo a razão determinante para a aquisição do lanche e que os alimentos que compõem o kit sequer são mencionados no comercial. Considerou que se a criança não consegue identificar a publicidade como tal, como no presente caso, há violação do princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no art. 36 do CDC. Acrescentou que a publicidade da Promoção "Que bicho é este?" estimula o consumo de alimentos não-saudáveis, o que pode acarretar em consumo de calorias exageradas e futuros problemas de saúde. Assinalou que a prática também é proibida pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação do CONAR, Anexo H, item 1. Completou que o CONAR é um órgão colegiado criado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação, a fim de exercer o controle privado da publicidade do país. Dessa maneira, tal órgão não é imparcial, visto que está influenciado pela ótica do mercado publicitário e, assim, a Administração Pública ao exercer o controle estatal da publicidade não está vinculada ao CONAR. Alegou que não há que se falar em violação dos princípios do contraditório e ampla defesa, tendo em vista que o primeiro cálculo apresentado no processo administrativo é mera estimativa da pena base que poderia ser imposta à autora, tendo sido a pena fixada após a apresentação da defesa, que foi fundamentada pela manifestação técnica proferida naqueles autos e que a lavratura do auto de infração obedeceu aos ditames legais. Somou que embora a Constituição Federal consagre o direito à livre iniciativa, também estabelece em seu art. 170, V, a observância dos direitos dos consumidores. Evidenciou que a Portaria Procon nº 26/2006 já foi objeto de Arguição de Inconstitucionalidade e foi decidido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por unanimidade, que elas são válidas e legais. Narrou que o valor da multa aplicada levou em consideração o porte econômico da autora e a gravidade da infração, observando a condição econômica de acordo com o disposto na Portaria nº 26/06, condições estas jamais impugnadas pela autora. Aludiu que a gravidade da infração é evidente, bem como a vantagem auferida, e que dizer que a constatação de que sem a apuração da vantagem não há multa ou infração significa desconsiderar a importância dos outros critérios previstos no art. 57, caput, da Lei nº 8.078/90. Assinalou que o valor da multa corresponde a cerca de 0,03% da receita mensal estimada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Oportunizou-se RÉPLICA (fls. 1001/1017), que reiterou o mérito e acrescentou que deve ser afastada de plano a argumentação e provas acerca da competência do PROCON, por se tratar de matéria estranha à lide. Aduziu que a campanha "Que bicho é esse?" destinava-se a distribuição de coleção de livros infantis sobre animais da fauna brasileira, acompanhados de brinquedos articulados de cada um dos bichinhos mencionados nos livros da coleção, o que possibilita interação entre os pais e crianças durante a leitura das obras. Ressaltou que a campanha publicitária em questão foi devidamente submetida para a análise do CONAR e foram atendidas todas as solicitações do referido órgão, a fim de adequar a campanha ao ordenamento jurídico pátrio. Argumentou que a publicidade destinada a produtor infantil não pode ser qualificada como publicidade abusiva por si mesma, automaticamente, sem análise quanto ao seu conteúdo. Informou que os brindes que acompanham as promoções do Kit Habib's podem ser adquiridos separadamente pelo cliente, não havendo qualquer vinculação entre a venda do lanche e o respectivo brinde. Impugnou todos os documentos apresentados pelo réu.

O réu requereu a juntada em cartório de gravações em CD (fls. 1018/1019). Este Juízo não autorizou a juntada e nomeou a ré depositária da prova (fls. 1020/1021). Opôs-se agravo de instrumento (f. 1026). O E. TJSP deferiu o pleito (fls. 1188/1266).

Facultou-se a especificação de provas (fls. 1020/1021). A autora requereu a produção de prova pericial pedagógica educacional, pericial nutricional, prova testemunhal e prova documental suplementar. Em mesma oportunidade se opôs à determinação que fez da ré depositária da prova, tendo em vista que à época de defesa não a apresentou (fls. 1023/1025). Foi deferida a guarda da mídia em cartório por este Juízo (fls. 1043/1044).

A autora se manifestou (fls. 1055/1060), afirmando que a juntada da mídia neste momento não é pertinente, tendo em vista que o Agravo interposto ainda não possui trânsito em julgado; que a mídia possui 4 vídeos, sendo 3 de redes de *fast food* diversas e apenas uma referente à campanha "Que bicho é esse?" da rede Habib's. Por fim, reiterou os termos de sua exordial e réplica. Posteriormente, o PROCON-SP noticiou que a autora opôs embargos de declaração nos autos do Agravo de Instrumento (f. 1068). A autora informou que opôs embargos de declaração durante a sessão de julgamento do Agravo de Instrumento (fls. 1072). Agravo de Instrumento provido pelo E. Tribunal de Justiça, autorizando a juntada da mídia eletrônica em cartório (fls. 1075/1081). A autora informou que opôs embargos de declaração, que foram julgados durante a sessão de julgamento, cujo acórdão segue pendente de disponibilização. Ressaltou que o Agravo não transitou em julgado, motivo pelo qual requer a suspensão processual até o resultado final do mesmo (fls. 1085/1086). O Juízo determinou que se aguardem novos 90 dias (f. 1092). A autora veio aos autos informar que os embargos de declaração opostos foram rejeitados, motivo pelo qual interpôs Recurso Especial contra o v. Acórdão (fls. 1095/1096). O Juízo determinou que se aguardem novos 90 dias (f. 1099). O PROCON/SP alegou que o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Recurso Especial não possui efeito suspensivo, devendo o feito prosseguir com os trâmites regulares. Informou que, diante da decisão do E. Tribunal de Justiça que cassou a tutela antecipada concedida, determinou o prosseguimento da cobrança do débito já inscrito (f. 1101). Reiterou esses termos na peça de f. 1112. A autora se manifestou (fls. 1105/1108), alegando que a liminar proferida às fls. 348/351 está me pleno vigor, visto que não foi objeto de Agravo de Instrumento por nenhuma das partes, configurando claro e confesso descumprimento de ordem judicial. Ressaltou que a decisão objeto de reforma foi a que indeferiu a juntada de gravações em CD em cartório às fls. 1020/1021. Assinalou que ainda que se mantenha o CD em cartório, é necessário a postergação da análise do mesmo por este Juízo, uma vez que a pertinência da sua produção ainda é objeto de recurso perante o STJ. O PROCON/SP requereu a desconsideração das petições de fls. 1101 e 1112, vez que oriundas de um lapso (f. 1125). A autora informou que seu Recurso Especial foi inadmitido, por decisão proferida em 30/06/2015. Diante disso, interpôs Agravo de Instrumento em Recurso Especial, que teve provimento negado pela Ministra Ausete Magalhães, por meio de decisão monocromática, em 05/11/2015. Contra esta decisão, interpôs recurso de Agravo Regimental (fls. 1151/1152). Atendendo à solicitação deste Juízo de f. 1166, a autora informou que nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso Especial foi publicado acórdão que negou provimento ao mesmo. Somou que este transitou em julgado em 23/03/2016 (f. 1168).

O Juízo determinou a produção de prova pericial (fls. 1184/1185). Entretanto, a perita judicial não logrou contato, ensejando sua destituição. O Juízo indagou a parte autora sobre quais outras provas pretendia produzir (fls. 1269). A parte autora apontou que possui interesse na produção de prova pericial pedagógica (fls. 1271/1272). O Juízo, mais uma vez, determinou a produção de prova pericial (fls. 1273).

Com a juntada do laudo pericial aos autos, a perícia concluiu que os livros e brinquedos da coleção podem ser considerados educativos (fls. 1317/1331). Facultou-se às partes manifestação sobre o laudo pericial.

A ré reiterou os argumentos, confirmando junto ao laudo o caráter abusivo da propaganda (fls. 1340/1343).

A parte autora apontou que o laudo pericial não configura publicidade abusiva de acordo com o laudo (fls. 1344/1350).

Relatados. FUNDAMENTO e DECIDO.

É caso de julgamento maduro e integral da lide, conforme artigos 354 do Código de Processo Civil, vez que encerrada a fase instrutória. Não vislumbro requerimento de outras provas úteis ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

processo. Assim, examino a causa desde logo para solução constitucional e legal¹. Ainda, para fins do artigo 12 do Código de Processo Civil registro que tenho julgado os processos conclusos em curto espaço de tempo, sem caracterização de atraso, observando preferencialmente a ordem cronológica (Lei Federal 13.105/15 alterada pela Lei Federal 13.256/16).

Ausentes preliminares ou prejudiciais pendentes, passo ao finalmente ao mérito.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

TRIPARTIÇÃO DE PODERES. LIMITES.

INSTAURAÇÃO E COAÇÃO DE DIREITO.

Antes de abordar diretamente o processo administrativo, cumpre tecer linhas sobre os limites da atuação jurisdicional. Destaca-se que mesmo os atos discricionários e com toda certeza os atos vinculados se submetem ao Estado-Juiz, não servindo de escudo subtraído da cognição judicial. Aliás, bom que se diga, atos administrativos podem ser objeto de controle, mesmo quando discricionários, no que tange aos aspectos vinculados do ato como forma e sujeito, assim como nos aspectos discricionários relativos à finalidade e conteúdo, dès que em Juízo Amplo de Legalidade como razoabilidade e

¹ "(...) O magistrado não está obrigado a deferir todo e qualquer pedido da parte. Incumbe-lhe, de outro lado, em observância aos princípios de celeridade e economia processuais e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), exercer juízo de valor sobre a necessidade e utilidade da prova. Não por outra razão deve indeferir provas e diligências inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. À parte, por seu turno, cabe "não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito" (art. 14, IV, CPC) (...)" (TJSP. 2070157-76.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Locação de Imóvel Relator(a): Gomes Varjão Comarca: Guaratinguetá Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 28/07/2014 Data de registro: 29/07/2014)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

proporcionalidade².

Não só. Os atos legislativos também não se furtam da jurisdição. É obscuro e comum o controle jurisdicional, tanto em atividade política quanto em atividade jurídica, dos Tribunais em controle concentrado e difuso, e dos Juizes de 1º Grau em controle difuso sobre a constitucionalidade dos atos normativos exarados pelas Casas Legislativas, justamente no que toca à forma e matéria. Ora, o controle jurisdicional é verdadeiro pilar do Estado, cumprindo destacar que se trata de manifestação concreta dos “Pesos e Contrapesos” enquanto freios do Poder. Sob essa premissa, cumpre destacar novamente que dada a independência dos Poderes, cabe ao Judiciário no delicado equilíbrio que deve sempre ser mensurado, na espécie rever se houve ilegalidade na condução do processo administrativo, sem se erigir na

² Quanto ao aspecto da razoabilidade ou proporcionalidade, como bem observa Celso Ribeiro Bastos: “Trata-se de importante princípio que hoje se estende a outros ramos do direito, inclusive na feitura das próprias leis. Consiste na exigência de que estes atos não sejam apenas praticados com o respeito aos ditames quanto a sua formação e execução, mas que também guardem no seu conteúdo uma decisão razoável entre as razões que os ditaram e os fins que se procura atingir. O direito, aliás, é um instrumento que requer fundamentalmente a razoabilidade.

No direito administrativo o respeito à razoabilidade é muito importante, já que, como vimos, o direito administrativo é o resultante de uma confluência de duas linhas importantes de interesses: os interesses coletivos, que implicam o exercício de atos de autoridade e, de outro lado, a vigência de um Estado de Direito, que é um Estado negador do arbítrio e respeitador dos direitos individuais.

As prerrogativas da Administração têm de obedecer formalmente à lei e só poderão utilizar o seu teor de extravagância jurídica, digamos assim, a coordenação entre as pessoas mais do que impor vínculos de superioridade e inferioridade, dentro dos limites impostos pela lei.

Deve a Administração obedecer à lei e só fazer uso destas prerrogativas na estrita medida do necessário. Eis por que sempre tem que haver razoabilidade, adequação, proporcionalidade entre as causas que estão ditando o ato e as medidas que vão ser tomadas. Não cabe, por exemplo, diante de mero início de tumulto administrativo, que pode ser facilmente debelado com simples exibição de força policial, passar-se de logo à utilização de instrumentos mortíferos, como tiros de metralhadora e coisas do gênero. Nesse caso, dá-se uma absoluta desproporção entre o fato perturbador da ordem pública, que em si mereceria cuidados administrativos, e a medida escolhida que cai muito além da requerida pelas circunstâncias; falta, portanto, a proporcionalidade, a razoabilidade que, sem dúvida nenhuma, a vicia. Este é um princípio a informar todos os atos de exercício da potestade administrativa” (Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, p. 45/46).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

condição de autoridade administrativa, dando vazão ao sistema constitucional de competências³.

Subalterno aos limites, tornando ao caso concreto, a questão toda se assenta sobre a análise de processo administrativo instaurado para exercício do poder de polícia de consumo. Verifica-se dos presentes autos que a autora foi autuada em razão de suposta prática abusiva referente a publicidade na campanha "Que Bicho é esse?". Nesse contexto, se narra as características singulares da campanha frisando a criação de material literário – que estimularia a leitura e possuía conteúdo educacional – bem como os 16 bichinhos articulados que o acompanhava.

Sobre a instauração de processo, para ilustração e claro posicionamento, desde logo afirmo a impossibilidade de reconhecimento de violação de direito por decorrência da instauração de processo administrativo. Afinal o processo em si é o mecanismo de garantir a proteção do fornecedor de mercadorias ou serviços, sob pena de na sua ausência as medidas serem tomadas independentemente de procedimento e qualquer oportunidade de defesa, de forma repentina e unilateral. Aliás, por essas linhas se ressalta que o processo é meio de defesa e de garantia, não se confundindo com instrumento de coação, especialmente porque o fato de estar sendo processado não significa obrigatória sanção final.

Sob esse contexto, debruço atenção sobre o processado.

DO MÉRITO ADMINISTRATIVO.
LEGALIDADE DA DECISÃO.

Analisando o mérito administrativo, em primeiro, torno á decisão de folhas 348 a 351. Nela, o Juízo, ao analisar o presente feito antes de demais informações, entendeu não haver qualquer abuso por parte da autora. Isso porque, a presença de livros educativos – bem como dos animais a eles

3 MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REAPRECIÇÃO. LEGALIDADE. SANÇÃO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO. ASPECTO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE. SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. NULIDADE. I - Descabido o argumento de impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário no caso em apreço, pois a questão posta diz respeito exclusivamente a vício de regularidade formal do procedimento disciplinar, qual seja, defeito na composição da comissão processante. II - Ademais, é de se registrar que inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedente: MS n. 12.983/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15/2/2008). III - É nulo o processo administrativo disciplinar cuja comissão processante é integrada por servidor não estável (art. 149, caput, da Lei n. 8.112/90). Ordem concedida (STJ. MS nº 12.636/DF, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJE de 23/09/2008.).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

unidos – serviria de modo a colaborar para o desenvolvimento dos pequenos consumidores. Essa premissa foi confirmada durante o processamento. Nesse contexto, o laudo pericial - de folhas 1317 a 1331 - colabora com tal entendimento de modo a concluir serem os conteúdos presentes nos livros, educativos - não encerrando-se em um fim em si mesmo. Não obstante, a perita concluiu que os livros contêm informações e curiosidades importantes para o desenvolvimento da consciência ambiental, ecológica e para a cultura de maneira geral. Ademais, a referida decisão também enfatizou a possibilidade de os brinquedos serem consumidos separadamente, reconhecendo a não caracterização do elo da imposição abusiva da comida não saudável.

Entretanto, com o processo maduro, a impressão da decisão inicial fica abalada num único aspecto, qual seja, a estética e conteúdo da publicidade veiculada. Não passa à margem que em contestação, o próprio PROCON-SP admite que, na época, não existia ilegalidade nas campanhas publicitárias que envolvessem crianças. Esse o tema ainda polêmico destes autos. A Administração de Consumo justifica sua atuação no fato de a campanha em questão não poder se aproveitar da deficiência de julgamento – sob pena de ser considerada ilegal. Nesse sentido, embasou o suposto proveito no alerta de psicólogos e educadores acerca das consequências lesivas da publicidade atingindo de maneira negativa o desenvolvimento da criança. Na publicidade veiculada em televisão, os brinquedos seriam a atração principal – não sendo os livros e, inclusive, os alimentos que os acompanham, sequer mencionados.

Analisando a mídia juntada que contém a propaganda, de fato, razão a ré. Isso porque, mesmo que ao fim haja um rápida menção dos alimentos e dos livros, os brinquedos recebem demasiado destaque. Sendo assim, a propaganda mais parece se referir aos brinquedos do que aos demais elementos, obviamente se utilizando de certa manipulação da deficiência de julgamento dos incapazes a fim de convencer seus consumidores. Nesse contexto, a ênfase, durante toda a defesa da autora, nos livros também oferecidos parece ser mera tentativa de desviar a atenção para aquilo que outrora fora sua prioridade: os bichinhos articulados.

Logo, há clara violação do gênero do art. 37 do CDC:

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa e 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."



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Não escapa ao Juízo a Resolução nº 163/2014:

"(...) 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 (...)"

Embora reconheça que essa não possa ser diretamente aplicada, diante da impossibilidade de retroatividade do dispositivo em questão, saliento que a natureza de tal Resolução é meramente exemplificativa do excesso de publicidade. Tanto que sua natureza é infralegal, e claramente depende da Lei anterior, Lei essa que justifica em si mesma a autuação. A resolução exemplifica, portanto, somente explicita aquilo já implícito no art. 37 do CDC, supramencionado. Portanto, é evidente que a propaganda como um todo - enfatizando os brinquedos, as crianças, as cores e praticamente ignorando a comida oferecida e os livros ofertados - age em desconformidade com ordenamento e, não obstante, de tal forma que o telespectador muito provavelmente fica surpreendido ao se dar conta de que trata-se de propaganda pertencente ao popularmente conhecido "Habib's".

Por fim, destaco a propaganda, também anexada nos autos, de diferente marca de fast-food, que, apesar de também visar o mesmo fim – isto é, comercializar alimento unido a demais vantagens - age de modo mais coerente ao demonstrar os alimentos, o ambiente da rede e os brinquedos comercializados.

Certo da causa material, passo a análise da pena.

DA MULTA ADMINISTRATIVA.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE.

Finalmente, no que toca a fixação da multa, a autora pretende reconhecimento judicial de seu excesso. Ocorre que o elevado vulto alcançado pela sanção administrativa não deriva do capricho da Administração Pública, mas da incidência de impessoais, prévias e abstratas normas. Normas essas que estão albergadas validamente nos parâmetros fornecidos pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 57.

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 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.

Também não há que se falar de ilegalidade da Portaria 26/06 do PROCON-SP. Esta disposição normativa de referido ente público apenas regula a aplicação de sanções, inclusive da fórmula de cálculo das penalidades, como a multa administrativa, não tendo criado novas modalidades de infrações. Logo, não viola o art. 6º e incisos da Lei nº 10.177/98.

De igual sorte resta a alegação de que a base de cálculo da multa é ilegal, estando ausente qualquer irregularidade. A autora afirma que deve ser utilizada a receita bruta Estadual, não a Nacional, uma vez que a competência do PROCON-SP é restrita ao Estado de São Paulo. Contudo, esta afirmação não merece prosperar pois foi autuada a pessoa jurídica da autora, não mera filial. Caso assim não fosse, seria muito fácil aos fornecedores de serviço, principalmente os de grande porte, mitigar os valores das multas aplicadas, pois a pena-base sobre a receita de uma única unidade da federação seria obviamente muito inferior à de todo o território nacional. Desta forma, com multas de valor muito inferior, o propósito das penalidades aplicadas pelo CDC seria perdido, visto que o legislador procurou coibir práticas abusivas por meio de fortes punições, a fim de que elas não sejam repetidas.

Essa espécie de técnica não constitui em si, ao contrário do que tenta fazer crer a autora, expediente que merece ser afastado. A impessoalidade e abstração das normas prévias são elemento característico do governo das Leis. Ademais a própria estrutura da dosimetria da multa revela que uma dada infração se insere em contexto de pena mínima e máxima, resultando em um valor base específico para a situação e em seguida graduado com atenuantes e agravantes. O valor da operação justifica o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

enquadramento na pena mínima, e a falta de atenuantes, mesmo que apontadas pela autora, justifica fixação nesse patamar. Cumpre dizer, a operação técnica de gradiente da multa aplicada é suficientemente hábil para criar pena pessoal e bem dosada. Está aí a individualização da pena⁴.

PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA. Plano de saúde coletivo. Sentença 'extra petita'. Vício não ocorrente, pois exige que se conceda objeto diverso do que foi pedido, o que não se verifica no presente feito, que apenas limitou o acolhimento do pedido de afastamento da multa à redução do seu valor, ou seja, concedeu menos do que foi pedido. Reajuste da mensalidade em periodicidade inferior a um ano. Ofensa a direito do consumidor, infração do artigo 39, XI, do CDC, combinado com artigo 28, caput, da Lei nº 9.069/95. Auto de infração lavrado dentro da legalidade e sem qualquer vício. Gradação da multa de acordo com Portaria Normativa da Fundação PROCON. Obediência à escala determinada pelo artigo 57 da Lei nº 8.078/90, que vai de duzentas a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR). Multa fixada em R\$ 104.208,00. Redução judicial da pena que esvazia sua finalidade sancionatória e repressiva. Valor fixado administrativamente que deve ser mantido, pois se mostra compatível com a gravidade da infração e a receita mensal da fornecedora. Demanda improcedente. Honorários advocatícios devidos pela autora. Recurso da autora desprovido e provido o da rê. (grifos).

Ademais, releva reiterar para que não se escoima de outras dúvidas, que o Código de Consumidor adota postura muitas vezes punitivas em seu microssistema, tudo com vista a coibir e reprimir o mau-fornecedor e proteger o vulnerável consumidor (art. 4º, incisos I e VII, do CDC). A partir dessas premissas é de rigor concluir que as sanções do Código de Defesa do Consumidor não relevam exclusivamente o dano experimentado, mas princípios outros de prevenção, informação, respeito à dignidade, e repressão eficiente aos abusos, merecendo menção o descabimento de se falar mesmo em princípio do não confisco:

Apelação Cível. Defesa do Consumidor. Ato administrativo. Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado pelo PROCON contra rede de supermercados. Ação Anulatória. Pretensão à anulação de Auto de Infração e Imposição de Multa lavrado pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, com fundamento nos artigos 18, ij 6º, inc. I e 31, ambos do CDC, em razão da ausência de informação dos preços de aquisição dos produtos expostos à venda, bem como venda de produtos com prazo de validade vencido e impróprios para o consumo. Ação julgada improcedente na origem. Inaplicabilidade, no caso, da vedação ao efeito confiscatório, eis que este constitui princípio típico do

⁴ No mesmo sentido: Embargos infringentes - PROCON - Sanção - Infração ao artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor - Prática de 'venda casada' ? Ausência de irregularidade no auto de infração - Multa aplicada de acordo com o artigo 57 do CDC - Certidão da dívida ativa regularmente expedida, atendidos os requisitos do artigo 2º, parágrafo 5º, inciso III, da Lei nº 6.830/80 - Embargos acolhidos, nos termos do voto vencido ". (TJSP. Embargos Infringentes 7073275701 Relator(a): Guerrieri Rezende Comarca: São Paulo Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 21/09/2009 Data de registro: 15/10/2009).

⁵ TJSP. Apelação Com Revisão 4070575500 Relator(a): Edson Ferreira da Silva Comarca: São Paulo Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 09/09/2009 Data de registro: 14/10/2009



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Direito Tributário, não abrangendo, pela própria definição de tributo (CTN, art. 30), sanções administrativas. Violação ao princípio da proporcionalidade não configurada. Adequação entre fins e meios. Escopo punitivo e inibitório da multa devidamente atendido através da consideração da vantagem auferida, condição econômica e gravidade da infração. Faturamento bruto que reflete de forma concreta a força de atração que a prática comercial desajustada exerceu sobre o mercado consumidor. Violação grave, pelo fato de que, mediante a supressão ou confusão de informações, dificultou-se ao consumidor os meios de defesa de seus interesses. Consideração da condição econômica do infrator que é imprescindível à eficácia da punição. Comissões compostas por consumidores e fornecedores, previstas no § 3º, do art. 55 do CDC que não são exigidas para a elaboração de normas sancionadoras. Descumprimento do artigo 31 do CDC, que constitui infração grave inescusável e crime em tese. Ausência de elementos probatórios, cuja produção incumbia à empresa autora, suscetíveis de infirmar o fato descrito pela ré, no sentido da exposição à venda de produtos impróprios para o consumo (com prazo de validade vencido). Legalidade da autuação. Inaplicabilidade dos novos critérios instituídos pelas Portarias PROCON n.ºs 23 e 26. Disposição expressa desses atos, indicando sua aplicação apenas a procedimentos administrativos ainda pendentes de decisão definitiva, não sendo esse o caso dos autos. Aplicação, no mais, que violaria a proteção constitucional do ato jurídico perfeito, assim como a segurança jurídica. Sentença mantida. Recurso não provido. - "Constitui infração administrativa grave e efetivo perigo à saúde dos consumidores, justificadores da imposição de sanção, a exposição e venda de produtos com prazo de validade vencido e impróprios para o consumo e ofensa grave às relações de consumo e à credibilidade alheia, a omissão na indicação de preços de aquisição dos produtos expostos à venda"⁶. (grifos).

Por essa ótica, orientou-se a construção do que preconizado pelo artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, que com acerto declinou que a graduação da multa decorre da gravidade da infração, da vantagem auferida, e da condição econômica do fornecedor, sendo certo que o PROCON-SP não se baseou somente neste último, como foi devidamente apontado na perícia contábil. Esses três fatores influem na dosimetria da multa, e em nenhum momento se releva a situação econômica do consumidor; no presente caso restou excluída a vantagem auferida, já que não constatada pela ré. Por essa vertente de convicção, é cediço nos autos que a multa foi bem dosada, proporcional e razoável, observando os parâmetros legais.

CÓDIGO DE DEFESA DE CONSUMIDOR - Ação anulatória de auto de infração e multa - Violação aos artigos 18, § 6º, I; 30 e 31 do Código de Defesa do Consumidor - Multa fixada nos termos do artigo 57 - Inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da

⁶ TJSP. Apelação Com Revisão 3435955400 Relator(a): Rui Stoco Comarca: São Paulo Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 14/12/2009 Data de registro: 11/01/2010.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

irretroatividade - Ação im procedente - Recurso desprovidõ. (grifos)

Em síntese, nada há a declarar nulo ou mesmo a reduzir.

Enfim, face às linhas acima, assento - *pois* – falta de razão ao direito pretendido, notadamente considerando a relação jurídica deduzida e os elementos processuais produzidos à luz da Legislação Brasileira. Finalmente, para fiel cumprimento do artigo 489 do Código de Processo Civil⁸, revisito a causa de pedir e de defesa deduzida por ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI e PROCON/SP - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR e outro, respectivamente. Naquilo que deduzido contrariamente ao aqui julgado, firmo:

1) À luz dos argumentos não vislumbro qualquer premissa jurídica que possa em tese ou em concreto infirmar as conclusões já lançadas, porque abordadas já em fundamentação;

2) À luz dos julgados não vislumbro qualquer premissa jurídica que possa em tese ou em concreto infirmar as conclusões já lançadas, porque se tratam de hipóteses casuísticas ou ainda instáveis no quadro atual da jurisprudência.

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE a ação, com supedâneo no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Custas e despesas *ex lege*.

Por força do princípio da causalidade, condeno ainda a parte autora em honorários advocatícios. A verba honorária fica fixada em 10% sobre o valor da causa – ante ausência de condenação e de valor econômico palpável – tudo conforme artigo 85 e §§ do Código de Processo Civil, salvo se concedida gratuidade judiciária em favor da parte sucumbente.

Por fim, convido às partes a refletir que a sistemática da Legislação Atual impõe RISCOS com a continuidade do LITÍGIO. A tramitação do processo poderá ensejar, além de alongado TEMPO na Instância Ordinária (1º e 2º Grau) e Extraordinária (C. STJ e C. STF), novos acréscimos pecuniários sobre o aqui fixado. O Código de Processo Civil, nos artigos 85 e 523, dispõe sobre a

⁷ TJSP. Apelação Com Revisão 9144255700 Relator(a): José Habice Comarca: São Paulo Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 14/09/2009 Data de registro: 06/10/2009.

⁸ Enunciado 9 da ENFAM: É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

cumulação da condenação decidida em sentença com: *1) honorários recursais (a serem acrescidos sobre os honorários sucumbenciais aqui fixados até o limite de 20%); 2) honorários advocatícios de 10% para cumprimento de sentença que incidirá sobre o valor devido (se inexistir pagamento espontâneo integral); 3) multa processual de 10% em caso de cumprimento de sentença que incidirá sobre o valor devido (se inexistir pagamento espontâneo integral).* Assim, independente do sentido da decisão, fica permanentemente estimulada e aberta a trilha da COMPOSIÇÃO CONSENSUAL.

P.R.I.C.

São Paulo, 01 de abril de 2016.

Kenichi Koyama

Juiz(a) de Direito

Documento Assinado Digitalmente⁹

^{9 9} O presente é assinado digitalmente pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Kenichi Koyama, nos termos do artigo 1º, § 2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.