



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0000782-96.2010.8.26.0053 - Procedimento Comum**
 Requerente: **Pandurata Alimentos Ltda.**
 Requerido: **PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**

Juiz^(a) de Direito Dr.^(a): CYNTHIA THOME

Visto.

PANDURATA ALIMENTOS LTDA., moveu ação contra a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR-PROCON/SP** alegando, em síntese, que foi autuada e multada por infração ao artigo 37, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90 por entender o réu que a propaganda publicitária da autora que divulgava promoção relacionada aos produtos da linha “Gulosos” é abusiva. Sustenta, no entanto, que não há qualquer ilicitude na propaganda veiculada, não ocorreu violação ao Código do Consumidor e a multa aplicada é ilegal. Fez referência ainda à ação civil pública que impugnava o mesmo anúncio publicitário, a qual foi julgada improcedente. Objetiva, assim, anular o auto de infração nº 0579 série D7, decretando-se insubsistente a penalidade aplicada, bem assim, nulos e insubsistentes todos os atos administrativos perpetrados pelo réu posteriormente à autuação. Requereu, alternativamente, a redução do valor da multa. Pediu a antecipação dos efeitos da tutela para os fins que especificou. Juntou documentos.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido (fls.

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

239). Contra essa decisão a autora interpôs recurso de agravo de instrumento (fls. 243), o qual não foi provido (fls. 326/332).

A inicial foi aditada (fls. 257/258).

Devidamente citado, o réu contestou a ação defendendo a legalidade do procedimento adotado, bem como dos critérios utilizados para o arbitramento da multa, tendo a Administração Pública agido no exercício do poder de polícia que a lei lhe confere. Sustentou a inexistência de arbitrariedade ou ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Aduziu ainda que a sentença proferida nos autos da ação civil pública não transitou em julgado, restando pendente de apreciação o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público. Requereu a improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 264/320).

A autora juntou aos autos comprovante de depósito para suspensão da exigibilidade do crédito (fls. 323/324).

Houve réplica (fls. 334/337).

A ré alegou às fls. 344 que o depósito realizado pela autora não é integral, requerendo a sua complementação.

Instadas sobre a produção de provas, as partes apresentaram suas manifestações (fls. 348 e 350/351).

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

Foi determinado a autora o complemento do depósito (fls. 352), sobrevivendo a manifestação e cópia de guia de recolhimento de fls. 354/355.

A autora juntou aos autos, conteúdo do anúncio publicitário em USB e DVD (fls. 371/372 e 374/375), seguindo-se manifestação da ré às fls. 382.

Em decorrência do despacho de fls. 383, a autora informou que a ação civil pública mencionada nos autos continua aguardando julgamento, insistindo, ainda, na produção de prova pericial (fls. 392/393).

Foi proferida sentença às fls. 396/400, julgando procedente a ação para anular o Auto de Infração nº 0579 série D7.

A ré interpôs recurso à Superior Instância, que houve por bem “cassar a sentença de primeiro grau” e determinar a suspensão do curso do processo até o trânsito em julgado da sentença na ação civil pública que tramitou na 41ª Vara Cível da Capital sob nº 169.077/2008 (fls. 467/476).

Instadas as partes sobre o julgamento da ação civil pública (fls. 487, 500 e 509), as partes manifestaram-se às fls. 489/491 e 493/495, 502, 506, 511.

As partes informaram nos autos o julgamento da ação civil pública, porém, ainda, não transitada em julgado (fls. 515/522 e 526).

A requerida informou nos autos que o acórdão proferido na Ação

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

Civil Pública nº 0342384-90.2009.8.26.0000 ainda não transitou em julgado, visto que pendente de apreciação o recurso especial interposto pela autora (fls. 555/558).

A requerida informou às fls. 707 que a Ação Civil Pública transitou em julgado em 13/12/2017, tendo sido negado provimento ao recurso extraordinário da autora. Juntou documentos (fls. 708/719).

A requerida juntou aos autos certidão de objeto e pé comprovando o trânsito em julgado do acórdão proferido na ação civil pública (fls. 735/739).

O Instituto Alana requereu sua admissão no feito na qualidade de *Amicus Curiae*, nos termos do artigo 138 do CPC (fls. 743/869).

A autora requereu o prosseguimento do feito, entendendo ser o caso de não acolhimento do pedido de intervenção de terceiro de fls. 743 e seg. (fls. 872).

É o relatório.

DECIDO.

Foi proferida sentença que julgou procedente a ação para anular o auto de infração nº 0579, série D7.

O acórdão deu provimento à apelação interposta pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, "*para, cassada a r. Sentença de primeiro grau, determinar a suspensão do curso do processo (autos de origem nº 053.10.000782-3, da 6ª Vara da Fazenda*

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

Pública da Comarca de São Paulo), até o trânsito em julgado da sentença na ação civil pública que tramitou, sob nº 169.077/2008, na 41a Vara Cível da mesma Comarca".

O acórdão afastou a tese que sustentou a sentença de improcedência.

Constou do acórdão:

"O só fato de, mal ou bem, em bem ou mal, postular-se, em via judiciária, indenização de supostos danos difusos, resultantes da prática de ato que se teve por abusivo, não impede que, tanto esteja prevista em norma legal autorizadora, a Administração possa infligir multa punitiva quanto à mesma conduta infracional."

Também ficou decidido em acórdão que pendente ação coletiva referente a macrolide suscetível de processos multitudinários, cabe suspender as demandas individuais, no aguardo do julgamento do processo coletivo.

A ação coletiva foi julgada procedente, *"condenando-se a apelada a não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância de regras próprias, com a fixação de pena de multa no valor de R\$ 50.000,00, que dever ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa e Reparação de Interesses Difusos Lesados, caso haja descumprimento do preceito novamente"*.

O acórdão acolheu a tese de abusividade da publicidade em questão.

Constou do acórdão:

"Não se pode esquecer, todavia, que, mesmo independentes e espertas, elas ainda são crianças e carecem de atenção e cuidado para tomarem as decisões certas."

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

É preciso também que um pouco da ingenuidade da criança seja estimulada, a fim de que ela não perca os prazeres da infância.

A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos “Gulosos” investiu na conhecida modalidade de atrelar um “brinde” à aquisição dos produtos da marca.

A palavra “brinde” significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que os “brindes” deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores pagavam pelo “brinde”.

A venda casada acontece quando um consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro, seja da mesma espécie ou não. Esse instituto pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo.

Essa situação restou caracterizada nos autos. Os consumidores somente poderiam adquirir o relógio se comprassem 05 produtos da linha “Gulosos” e ainda pagassem a quantia de R\$ 5,00. A venda do relógio, portanto, estava condicionada à compra dos bolinhos e biscoitos. Sem estes, aquele não poderia ser adquirido.

Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja.

Considerando-se essa situação, a publicidade induzia as crianças a

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

quererem os produtos da linha “Gulosos” para poderem obter os relógios. Havendo 04 tipos de relógio à disposição, seriam 20 produtos adquiridos.

Com certeza, muitas crianças, senão todas importunariam seus pais, avós, tios, ou qualquer pessoa com poder aquisitivo para tanto, a adquirirem os relógios e, conseqüentemente, os produtos. Tal conduta vai de encontro ao disposto na alínea “e” do artigo 37 do Código supramencionado. Os responsáveis seriam verdadeiramente constrangidos pelas crianças e, ainda que se diga que eles têm o discernimento para dizer não, sabe-se que uma criança contrariada pode nos colocar em situações vexatórias.

Além disso, o fato de uma criança não ter os relógios pode colocá-la em situação de inferioridade perante outras tantas que possuam a coleção. A ingenuidade e a inexperiência das crianças as tornam, muitas vezes, insensíveis, até cruéis com aqueles que são diferentes. A publicidade, então, pode ferir a alínea “d” do artigo 37.

Esse tipo de campanha publicitária, embora comumente utilizada, deve ser considerada abusiva e não normal. É preciso mudar a mentalidade de que aquilo que é corriqueiro é normal. Não é bem assim.

No caso, ainda existe a questão da utilização de verbos no imperativo, ou seja, existe verdadeira ordem para que a criança adquira os produtos e colecionos os relógios. O Conar repudia esse tipo de linguagem nas publicidades voltadas ao público infantil.

Assim, ainda que, em um primeiro momento, a campanha publicitária se mostre normal e aceitável, existem elementos que a tornam abusiva e que passam despercebidos aos leigos e distraídos. É preciso, portanto, repudiá-la e exigir que, em uma próxima vez, a empresa aja de forma mais adequada.”

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

Posto isso, já afastada a tese exposta na inicial referente a ausência de abusividade na campanha publicitária em questão.

Resta, então, analisar o pedido de redução da multa em razão da ausência de razoabilidade no montante fixado.

Também não se verifica qualquer irregularidade na fixação da multa.

O art. 57 do Código de Defesa do Consumidor dá os parâmetros para fixação da pena de multa, relegando à Administração aplicar a pena em concreto, em processo administrativo.

A Portaria 26/06, vigente na data dos fatos, explica minuciosamente os critérios pelos quais a ré estabelece o valor da multa, dentro dos parâmetros fixados em lei.

E para calcular a multa de maneira impessoal, e conforme política de prevenção da Fundação Procon, as infrações foram classificadas de acordo com o potencial ofensivo e condição econômica do fornecedor. Não foi considerado no cálculo da multa a “vantagem auferida”. Além disso, houve redução de 1/3 ante a constatação de circunstância atenuante (primariedade).

Essa forma de aferição estabelecida de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração, dentro de seu poder discricionário, de forma objetiva, impessoal e razoável, está conforme o sistema legal vigente, e não afronta qualquer garantia do cidadão.

Por outro lado, a Portaria Normativa No 26/06 nada inovou, pois antes de sua edição o valor da multa já era fixado e estava circunscrito aos limites legais, dentro dos quais se encontrava a Administração Pública autorizada a graduar individualmente a pena.

0000782-

96.2010.8.26.0053



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 6º andar - sala 615, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2115, São Paulo-SP - E-mail: sp6faz@tjsp.jus.br

A receita mensal bruta do fornecedor referente, de preferência, aos três meses contemporâneos à infração, constitui a base de cálculo do valor da multa. Como a autora não apresentou documento comprovando a receita mensal, foi estimada.

O documento de fls. 190 demonstra como foi feito o cálculo da multa. O valor foi fixado de acordo com a capacidade econômica da empresa e gravidade da infração. Não foi levado em conta a vantagem auferida.

Assim, não há que se falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Como se vê, de rigor a improcedência da ação.

Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação que **PANDURATA ALIMENTOS LTDA.** move contra a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROCON/SP**, e o faço para anular o Auto de Infração No 0579 série D7.

Arcará a autora as custas processuais e honorários advocatícios, que fixo no percentual de 20% sobre o valor da causa.

P. Intime-se.

São Paulo, 07 de janeiro de 2018.

CYNTHIA THOMÉ
Juíza de Direito

0000782-

96.2010.8.26.0053