



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
 COMARCA de SÃO PAULO  
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-000

TERMO DE CONCLUSÃO

Eu, Ana Lúcia de Souza Freitas, Escrevente-Chefe, matr. nº M312205, em 12 de dezembro de 2012, faço estes autos conclusos ao(à) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto.

**SENTENÇA**

Processo nº: 596/11      **0010824-73.2011.8.26.0053 - Procedimento Ordinário**  
 Requerente:            **Pepsico do Brasil Ltda**  
 Requerido:             **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/sp**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Emílio Migliano Neto.**

*Vistos etc.*

Trata-se de ação de procedimento ordinário, com **pedido de antecipação de tutela**, ajuizada por **PEPSICO DO BRASIL LTDA.** em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.** Aduz, em suma, ser uma empresa pertencente ao grupo PepsiCo e que há mais de 30 anos comercializa os salgadinhos que levam a marca “Elma Chips”. Sustenta que em 01.04.2008 foi autuada pela fundação-ré por suposta publicidade abusiva dirigida ao público infantil, durante a promoção “Cheetos com Surpresa”, imputando-lhe infringência ao disposto no artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com aplicação de uma multa no valor de R\$ 458.240,00. Alega, por derradeiro, que mesmo com a interposição de recursos o PROCON/SP manteve a penalidade nos autos do procedimento administrativo autuado sob o nº 586/2008, apenas considerando as circunstâncias atenuantes de primariedade para reduzir a multa aplicada. Assim, requereu a antecipação da tutela para que a fundação-ré se abstenha de praticar-lhe qualquer sanção ou penalidade em relação ao procedimento administrativo autuado sob o nº 586/08 até final decisão, suspendendo a exigibilidade da multa em questão; e ao final, a procedência da ação a fim de anular a penalidade e os seus efeitos, com o consequente arquivamento do procedimento administrativo em epígrafe ou a diminuição do valor da pena pecuniária, nos termos pleiteados na inicial. Atribuiu à causa o valor de R\$ 305.493,33. A petição inicial de fls. 02/22 veio instruída com instrumento procuratório e documentos de fls. 23/383. Por meio da decisão de fl. 385 foi deferido o pedido de antecipação de tutela.

O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto, nos termos do art. 1º, §2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

**0010824-73.2011.8.26.0053 - lauda 1**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
 COMARCA de SÃO PAULO  
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-000

Após ter sido citada (certidão de fl. 393), a requerida apresentou contestação (fls. 396/426), pugnando pela improcedência da ação. A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP noticiou a interposição do recurso de **Agravo de Instrumento** nº **0095302-76.2011.8.26.0000** (fl. 428), contra a decisão que acolheu a tutela antecipada. Réplica foi apresentada as fls. 464/477. Em cumprimento ao despacho de fl. 478, as partes se manifestaram para esclarecer que não possuem mais provas a produzir, aguardando o julgamento antecipado da lide (fls. 481/482 e 483/484). As fls. 485/489 foi juntado aos autos cópia da r. decisão, a qual não concedeu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de **Agravo de Instrumento** nº **0095302-76.2011.8.26.0000**, proferida pela **Colenda 8ª Câmara de Direito Público**. Foi juntado aos autos (fls. 506/518) cópia do v. acórdão, negando provimento ao recurso. A requerida se manifestou as fls. 523/524. Nova manifestação da autora as fls. 534/535.

*É o relatório do essencial.*

*Passo à fundamentação e à decisão.*

A princípio, é de se consignar que os limites da lide tornaram-se restritos à verificação apenas da legalidade da sanção imposta pela Administração, em decorrência de atos ilícitos, à requerente.

Na hipótese vertente, insurge-se a ora autora contra o Auto de Infração nº 3222, série D6, de 01.04.2008, dos autos do processo administrativo nº 586/08, em decorrência de violação constante do artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Extrai-se dos autos que a sanção imposta pela Administração ocorreu porque a empresa requerente “*veiculou publicidade dirigida ao público infantil, em suas versões de salgadinhos 'Cheetos com surpresa Hello Kitty' e 'Cheetos com surpresa Homem Aranha', dando destaque, nas embalagens, sobre a existência de brindes, utilizando frases, tais como, 'Contém um chaveiro 10 modelos' e 'contém um pingente de celular 3D', caracterizando a publicidade abusiva, por dirigir-se ao público infantil, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança e do adolescente, a fim de impingir-lhe o consumo do produto, o que pode induzir no público alvo um comportamento prejudicial à saúde, em virtude de estimular o consumo excessivo, violando a disposição constante do § 2º, do artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor.*”

Assim, o supramencionado texto legal descreve que:

O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto, nos termos do art. 1º, §2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

**0010824-73.2011.8.26.0053 - lauda 2**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
 COMARCA de SÃO PAULO  
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-000

*“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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”*

No entanto, cabe neste caso reproduzir, por amoldável à espécie, precedente da Colenda 7ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do eminente Desembargador Sousa Lima, sobre o tema ora versado, sendo adotado como razão de decidir, passando a fazer parte integrante da presente sentença. *In verbis:*

*“Ocorre a chamada 'venda casada' vedada pelo Código de Defesa do Consumidor quando o vendedor exige que o consumidor, para adquirir um produto ou serviço, tenha, obrigatoriamente, de adquirir outro produto ou serviço.*

*RIZZATO NUNES relaciona alguns tipos de venda casada: 1) o do banco, que só fornece crédito se o cliente contratar algum tipo de seguro; 2) o do dono do bar, que só fornece bebida se o freguês comprar um prato de acompanhamento (capturado no site 'terramagazine.terra.com.br').*

*Outros exemplos de venda casada: 1) o das concessionárias de veículos, que obrigam a contratação de seguro em sua empresa; 2) o das agências de viagem, que condicionam a liberação de cheques de viagem à contratação de seguro; 3) o dos provedores de Internet, que oferecem conexão rápida, mas com a contratação de um segundo provedor de acesso; 4) o das escolas, que exigem exclusividade para a compra de material escolar (capturado no site 'proteste.org.br').*

*Considerando estes exemplos, verifica-se que o fornecimento dos minúsculos chaveirinhos exibidos a fls. 568, dentro das embalagens dos salgadinhos vendidos pela ré, longe está de configurar a venda casada proibida pelo ordenamento jurídico. Esses chaveirinhos, aliás, sem nenhum valor comercial, receberam, na decisão judicial noticiada a fls. 776, ajusta definição de 'absolutamente ridículos', 'algo de valor irrisório', 'bagatela'.*

*Constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não ao público infantil. Tome-se, como exemplo, as figurinhas de jogadores de futebol, que antigamente eram comercializadas juntamente com balas de caramelo, isso sem contar, mais recentemente, com a propaganda feita por outras empresas de renome, como a Nestlé, a Sadia, a Bauducco (fls. 660/680).*

*Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos*

O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto, nos termos do art. 1º, §2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

0010824-73.2011.8.26.0053 - lauda 3



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
 COMARCA de SÃO PAULO  
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-000

*salgadinhos, mas essa prática não configura venda casada nem é proibida por não constituir publicidade enganosa ou abusiva, segundo a definição do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.*

*Em primeiro lugar, não se trata de publicidade falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro, pois ele sabe que está adquirindo um produto bem conhecido no mercado e com características próprias e indicadas na embalagem. Depois, não tem ela natureza discriminatória, não incita a violência, não explora o medo ou a superstição e não desrespeita valores ambientais.*

*O que acontece com o produto da ré também ocorre com a quase totalidade dos produtos alimentícios industrializados, que são ricos em substâncias que, ingeridas sem controle, são nocivas à saúde, como, por exemplo, as gorduras saturadas, a gordura trans, o sódio e as essências e colorantes artificiais. É o que acontece, por exemplo, com as sopas preparadas, com as carnes enlatadas, com os embutidos, com os biscoitos crocantes e com os salgadinhos de todo tipo.*

*Providências têm sido tomadas pelas autoridades sanitárias para a redução desses componentes nocivos, o que tem produzido alguns resultados satisfatórios, mas, em relação às crianças, nada substitui a orientação e a autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil.*

*Assim, condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento, sem contar que isso não foi objeto de pedido expresso formulado na peça vestibular.*

*A improcedência da ação, portanto, é de rigor.*

*Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.” (Apelação nº 990.10.282755-0, j. em 01.12.2010 – g.n.).*

Então, a divulgação da promoção “*Cheetos com Surpresa*”, objeto da referida autuação, já teve sua legalidade aferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo – conforme a Apelação supramencionada – tendo sido afastada a alegação de publicidade enganosa e de venda casada.

Outrossim, como dito, a situação trazida à baila não se enquadra na tipicidade instituída no § 2º, do artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se apenas de estratégia de marketing com vistas ao incremento das vendas (fls. 97/113), fato este que não é proibido.

Ademais, oportuno transcrever o artigo 37, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, segundo o qual:

*“No anúncio dirigido à criança e ao jovem:*

*a. dar-se-á sempre atenção especial às características psicológicas da audiência-alvo;*

O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto, nos termos do art. 1º, §2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

**0010824-73.2011.8.26.0053 - lauda 4**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
 COMARCA de SÃO PAULO  
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
 7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-000

*b. respeitar-se-á especialmente a ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade dos menores;*

*c. não se ofenderá moralmente o menor;*

*d. não se admitirá que o anúncio torne implícita uma inferioridade do menor, caso este não consuma o produto oferecido;*

*e. não se permitirá que a influência do menor, estimulada pelo anúncio, leve-o a constranger seus responsáveis ou importunar terceiros, ou o arraste a uma posição socialmente condenável;*

*f. o uso de menores em anúncios obedecerá sempre a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis;*

*g. qualquer situação publicitária que envolva a presença de menores deve ter a segurança como primeira preocupação e as boas maneiras como segunda preocupação.”*

Denota-se das provas acostadas aos autos (fls. 23/383), que essas recomendações pertinentes ao anúncio dirigido à criança e ao jovem foram respeitadas no caso em tela, tendo tido inclusive prazo certo de duração, com o fim de evitar a associação do produto “Elma Chips” aos brindes oferecidos pela publicidade.

Ademais, as práticas de promoções de produtos comercializados atrelados a brindes são reconhecidas no mercado em geral e encontram respaldo no próprio instituto da livre concorrência e da livre iniciativa.

Por derradeiro, ressalta-se que não houve consumo excessivo do produto ora versado, pois o “*salgadinho 'Cheetos' tinha um share (anglicismo para participação de mercado) de 23% até o início da promoção 'Cheetos com Surpresa', quando o share caiu para 22%, de 23% de mercado no último mês da venda dos brindes.*” Conclui-se, então, que a “*a promoção 'Cheetos com Surpresa' não foi um sucesso estrondoso de venda em razão dos brindes ali ofertados (...)*”. (fls. 501/502).

Dessa maneira, com amparo em dispositivo infraconstitucional e entendimento jurisprudencial, a demanda objeto possui assento normativo formal característico de sua viabilidade.

Posto isso, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo a presente ação **procedente** que move **PEPSICO DO BRASIL LTDA.** em face da

O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto, nos termos do art. 1º, §2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

**0010824-73.2011.8.26.0053 - lauda 5**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
COMARCA de SÃO PAULO  
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES  
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA  
VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-000

**FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.**, tão somente para anular a penalidade, bem como os seus efeitos, com o consequente arquivamento do procedimento administrativo nº 586/2008, confirmando-se os efeitos da tutela antecipada deferida de fl. 385.

Pela sucumbência experimentada, condeno a ré ao pagamento das **custas e despesas** e dos **honorários advocatícios**, os quais fixo em R\$ 15.000,000.

Após interposições e processamentos de eventuais recursos voluntários, para o **reexame necessário**, subam os presentes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, devendo ser observada a **prevenção** da Colenda **8ª Câmara de Direito Público**, ficando desde já consignadas nossas homenagens aos eminentes Desembargadores que a integram.

P. R. I. C.

São Paulo, 17 de junho de 2013.

**EMÍLIO MIGLIANO NETO**  
*Juiz de Direito*  
(assinado digitalmente)

/GAV

O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). Emílio Migliano Neto, nos termos do art. 1º, §2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

**0010824-73.2011.8.26.0053 - lauda 6**