



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo  
8ª Câmara de Direito Público

**Registro: 2015.0000681106**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0010824-73.2011.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP, é apelado PEPSICO DO BRASIL LTDA.

**ACORDAM**, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 16 de setembro de 2015

**ANTONIO CELSO FARIA**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

**ACF nº 538/2015**

**8ª Câmara de Direito Público**

Apelação nº 0010824-73.2011.8.26.0053

Apelante: **PROCON – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**

Apelada: **Pepsico do Brasil Ltda.**

Comarca de São Paulo

AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – Auto de infração aplicado em razão de publicidade abusiva direcionada ao público infantil – Induzimento do público-alvo a um comportamento prejudicial à saúde – Inteligência do disposto no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor – Abusividade não configurada. – Recurso parcialmente provido apenas para redução dos honorários advocatícios.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo ajuizada pela empresa **Pepsico do Brasil Ltda.** contra o **PROCON – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**, objetivando a declaração da nulidade do processo e decisões no âmbito administrativo nº 586/2008 que resultaram na lavratura do Auto de Infração nº 3222 (cópia às fls. 47/48).

A r. sentença de fls. 536/541, e cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para anular a penalidade, bem como os seus efeitos, com o conseqüente arquivamento do procedimento



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo  
8ª Câmara de Direito Público

administrativo nº 586/2008, confirmando-se os efeitos da tutela antecipada deferida à fl. 385.

Inconformada, apela a vencida pleiteando a reforma do *decisum* (fls. 543/575), aduzindo o equívoco do julgador “a quo” ao afirmar que a questão já fora apreciada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Segundo a apelante, a causa de pedir na ação civil pública era absolutamente diversa da questão posta na presente ação, pois lá se discutia se a promoção constituía ou não venda casada. Reiterou a legislação existente sobre a matéria, concluindo que o produto “Cheetos com Surpresa” é direcionado eminentemente ao público infantil, havendo abusividade da publicidade, ao propagandar a venda do produto contendo um chaveiro dentro da embalagem, de maneira que “se vale da deficiência de julgamento e de experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo”. Sustenta também que a multa aplicada nada tem de desproporcional, abusiva ou confiscatória, Sobre os honorários, aduz que o valor fixado está longe de atender os requisitos da fixação equitativa da verba honorária.

O recurso foi processado nos seus regulares efeitos (fl. 630), sobrevindo as respectivas contrarrazões (fls. 633/643).

**É o relatório.**

O recurso comporta parcial provimento, apenas para redução dos honorários advocatícios.

Consta dos autos a **Pepsico do Brasil Ltda.**, ora apelada, foi autuada em, 01 de abril de 2008, porque na condição de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

fabricante do salgadinhos “Cheetos”, comercializou o produto na versão “Cheetos com Supresa”, com uma série de brindes (chaveiros), dispostos no interior da embalagem. Segundo o fundamento da autuação, **“tais brindes despertam no publico infantil um desejo autônomo de aquisição – necessitam consumir, na melhor das hipóteses, dez ou sete pacotes do mencionado produto- para adquirirem a coleção completa dos brindes”** (fl. 47). O auto de infração tem por fundamento jurídico o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo a autuação inicial no valor de R\$ 458.240,00, nos termos do artigo 56, inciso I e artigo 57, da Lei nº 8.078/90.

Apresentou defesa administrativa, sendo reduzido o valor da multa. Notificada do resultado, ingressou com a presente ação, sob o fundamento de que não há relato de que a promoção tenha causado o consumo excessivo de salgadinhos e que a campanha publicitária não fugiu em nada do meio explorado pela Pepsico e por uma série de outras empresas do mercado.

O MM. Juízo a quo ao julgar procedente a pretensão da empresa autora, aduziu que **“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 ou venda casada”**(fl. 539, quando cita trecho da Apelação nº 990.10.282755-0, j. em 01/12/2010).

Acrescenta também que **“denota-se das provas acostadas aos autos (fls. 23/383), que essas recomendações**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

**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”(fl. 540).**

Segundo *site* do Procon, o órgão é apresentado como *“serviço público, mantido pelo governo do estado, que tem como finalidade proteger, amparar e defender o consumidor de práticas comerciais enganosas ou que lhe tragam danos ou prejuízos.*

*Cabe ao Procon orientar, receber, analisar e encaminhar reclamações, consultas e denúncias de consumidores, fiscalizar previamente os direitos dos consumidores e, quando for o caso, aplicar sanções”.*

Assim, o órgão pode adotar uma série de medidas na proteção dos consumidores, tendo como medida drástica a aplicação de sanções. No caso dos autos, em que pese a polêmica sobre o tema exposto na ação, houve a adoção da medida extrema no sentido de aplicar multa de valor expressivo à apelada que foi fixada em R\$ 290.218,66, ao final do processo administrativo.

Embora a ênfase do julgado proferido pela Sétima Câmara de Direito Privado do TJSP, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Pepsico, tenha ênfase na questão da “venda casada”, resta evidente que serve de fundamento para o desfecho da presente ação, até porque o conteúdo do Acórdão proferido pelo I. Relator Souza Lima, aponta que os **“minúsculos chaveirinhos, exibidos a fls. 568, dentro das embalagens de**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

salgadinhos vendidos pela ré (...) constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de *marketing* voltada ao incremento das venda, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não ao público infantil (...) Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos 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” (Acórdão nº 990.10.282755-0, São Paulo, julgado em 01 de dezembro de 2010).

O art. 37 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte redação:

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

*§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.*

*§ 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.*

*§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.*

*§ 4º (Vetado)”.*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

No caso destes autos, só restaria justificada a manutenção do auto de infração caso restasse demonstrado que a publicidade era abusiva, aproveitando-se a empresa da “deficiência de julgamento e experiência da criança”, bem como induzimento do público-alvo “de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. Pois bem, é cediço que o *marketing* das empresas visa ao incremento das vendas e, em muitas situações, é realizado de forma impetuosa.

Há um campo subjetivo de avaliação dessa abusividade, que deve conter a ideia de aproveitamento da deficiência de julgamento da criança, associado a um comportamento prejudicial à saúde.

Na lição de Herman de Vasconcellos e Benjamin, eminente Ministro do STJ: **“na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro- mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante-, caracterizada está a publicidade enganosa”** (Código do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª. Ed, Ed. Forense Universitária, p. 273).

A presente ação deve ser analisada sob o enfoque do seu objeto que é o auto de infração constante de fls. 47/48. A improcedência não decorre da existência de outras promoções ou empresas que se utilizam do mesmo expediente, mas da ausência de comprovação de publicidade abusiva neste caso específico. Vale dizer



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

que cada ação de *marketing* ou campanha de publicidade apresenta características próprias, não cabendo acolher o pedido da autora pela existência de outras publicidades similares.

No caso em tela, restrito ao auto de infração nº 3222, a apelante não demonstra que houve uma compra desenfreada de salgadinhos e tampouco demonstra que a ação de *marketing*, ou publicidade, induziu em erro os consumidores. Assim, a sentença deve ser mantida pela não demonstração de ofensa ao consumidor hipossuficiente.

No mesmo sentido, já decidiu a 5ª Câmara de Direito Público do TJSP, nos autos da apelação nº 0013713-29.2013.8.26.0053:

**“Voto nº 5871**

**Apelação nº 0013713-29.2013.8.26.0053**

**Apelante: Arte Nativa Produtos Naturais Ltda**

**Apelado: Procon - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**

**Juiz prolator: Liliane Keyko Hioki**

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. MULTA POR PROPAGANDA.PROCON. Empresa multada com fundamento na prática de propaganda enganosa, nos termos do artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade no presente caso, haja vista que a campanha publicitária não ofendeu o consumidor hipossuficiente. Princípio da livre concorrência. Sentença reformada. Recurso provido (Relator Marcelo Berthe, j. em 26 de janeiro de 2015).

O pleito subsidiário referente aos honorários advocatícios comporta acolhimento, considerando-se que há um



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo  
 8ª Câmara de Direito Público

interesse público evidente acerca da matéria, além do que o valor de referência dos honorários não pode se prender ao valor da multa aplicada, até porque a penalidade foi anulada pela sentença.

Os honorários advocatícios devem ser estabelecidos conforme os parâmetros do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil:

*“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.*

*[...]*

*§ 3º. Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:*

- a) o grau de zelo do profissional;*
- b) o lugar de prestação do serviço;*
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

*§ 4º 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”.*

Sendo assim, observadas as regras de fixação de honorários advocatícios dispostas no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c”, do § 3º, do mesmo artigo (*a natureza, a importância da causa e o zelo do trabalho realizado pelos advogados*), mostra-se razoável fixá-los em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) atualizados monetariamente, a partir da data de intimação deste v. acórdão, preponderando a apreciação equitativa.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo  
8ª Câmara de Direito Público

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, tão somente, para reduzir os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos retro especificados, mantida, no mais, a r. sentença apelada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

**ANTONIO CELSO FARIA**  
**Relator**