

**Registro: 2011.0000194776**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0000782-96.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON /SP sendo apelado PANDURATA ALIMENTOS LTDA.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para cassar a sentença. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO VICENTE ROSSI (Presidente sem voto), PIRES DE ARAÚJO E ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 19 de setembro de 2011

**RICARDO DIP**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**11<sup>a</sup> Câmara de Direito Público**Apelação Cível 0000782-96.2010.8.26.0053**

Procedência: São Paulo

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 25.916)

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor

Apelada: Pandurata Alimentos Ltda.

**DEMANDA DE NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO. PENDÊNCIA DE AÇÃO CONEXA DE CARÁTER COLETIVO.**

Decidiu o STJ, no REsp 1.110.549, sob o regime o art. 543-C do Código de Processo Civil, que, pendendo ação coletiva referente a macrolide suscetível de processos multitudinários, cabe suspender as demandas individuais, no aguardo do julgamento do processo coletivo.

**Provimento da apelação.****RELATÓRIO:**

1. Versam os autos demanda ajuizada por Pandurata Alimentos Ltda. contra a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, visando a anular auto de infração (nº 0579 -série D7) que lhe foi imputada ou, sucessivamente, reduzir a multa infligida por esse suposto ilícito.

2. A r. sentença de primeiro grau julgou procedente o pleito, porque pendendo, acerca da

conduta objeto da aludida infração, demanda civil pública, não cabia à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) impor penalidade pecuniária contra a requerente (fls. 366-9).

3. A Fundação demandada apelou da sentença (fls. 405-28).

Alega, em resumo, admissível a cobrança da multa, sem embargo da pendência da referida ação civil pública, multa que sustenta pertinente, ao reprovar publicidade em que se busca a promoção de

“venda de bens de produtos alimentícios de baixa qualidade nutricional através de expediente que se aproveita da falta de experiência e incapacidade de julgamento da criança.

Na promoção 'É Hora de Shrek' (...), figuram duas crianças em ambiente escolar. Entre elas firma-se um diálogo, onde ostenta o relógio do Shrek e outra não, sendo que a criança portadora do relógio, ao ser indaga sobre que horas seriam, **questiona o fato do outro colega não possuir o mesmo objeto** e afirma: 'É hora de você também ter um desses'. E, encerrando o diálogo, a criança que ostenta o relógio confessa, constrangida, não saber as horas. Mas se mostra satisfeita pelo simples fato de possuí-lo.

A situação, à evidência, atribui relevância à posse do relógio, representando o simples 'ter por ter', uma vez que **a criança que tenta convencer a outra a ter o relógio sequer sabe ler as horas.**

E pior: para que a criança recebesse o relógio,

teria que consumir –ou ao menos adquirir– cinco pacotes de guloseimas com conteúdo nutricional no mínimo 'questionável'. E considerando que a coleção é composta por **cinco** modelos de relógio, seriam necessárias nada menos que **25 guloseimas**, que pouco contribuem para a nutrição saudável de uma criança, para que fosse completada.

(...)

Por outro lado, no final do anúncio, surge uma voz adulta (locutor) que utiliza os seguintes comandos imperativos –'junte' e 'colecione'– **tudo a estimular a compra ou o consumo de um produto de baixo teor nutricional sem real necessidade**, mas sim pelos simples fato de existir a promoção.

A abusividade é evidente. Não foi à toa, aliás, que o **CONAR -Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-** em decisão referente à peça publicitária 'É Hora do Shrek', manifestou-se pela sua abusividade e determinou sua suspensão por unanimidade e em todos os graus administrativos (...)” (fls. 412-3, in verbis).

Entende a Fundação apelante presente, no caso, afronta da norma do § 2º do art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990:

“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” (o realce gráfico não é do original).

Contra-alegou-se o recurso (fls. 444-9), dando-se vista do processo à Procuradoria Geral de Justiça (fl. 453).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais, após redistribuição (fls. 455-6 e 458), em 3 de agosto de 2011 (fl. 460).

VOTO:

4. Contra o mesmo anúncio publicitário que deu espeque à atribuição infracional e à correspondente inflição da multa alvejadas na espécie, também se ajuizou demanda civil pública, promovida pela Promotoria do Consumidor, ação que teve curso pela 41ª Vara Cível da Comarca da Capital.

Nesse referido pleito, segundo se verifica dos autos, postulou-se a condenação da ora recorrida – Pandurata Alimentos Ltda.–

(i) “à obrigação de não fazer consistente em não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos”,

(ii) “à obrigação de não fazer consistente em não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados às crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento”,

(iii) e “a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ilícito, na forma do art. 84, § 1º, da Lei 8.078/90 (...)” (fl. 286,

também in verbis).

5. A pretensão monetária desfiada na mencionada demanda civil pública tem caráter **indenizatório**, ao passo que a multa objeto desta ação anulatória é de cariz **punitivo**.

O só fato de, mal ou bem, 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.

Ademais, não é caso de reconhecer continência entre a ação civil pública em pauta e a presente demanda anulatória. Nesses processos, as partes **não** são as mesmas, nem o pleito de uma abrange o da outra: não há continência, pois (arg. art. 104 do Cód.Pr.Civ.).

Nada obstante, essas duas demandas comungam, quodammodo, de um mesmo objeto: nisso está a essência de ambas as lides, da macrolide –atrativa de inúmeras possíveis demandas indenitárias individuais– e da lide desfiada na espécie; saber, em resumo, se a publicidade em pauta foi ou não abusiva.

São demandas **conexas** (art. 103 do Cód.Pr.Civ.), e é essa conexão processual, cifrada sobre um objeto comum das duas ações, que inibe (e exige prevenir) opor o decidido no processo individual ao que se julga na demanda coletiva, para, assim, dar

salvaguarda e prestígio à ordem jurídica.

Frequentemente, as conexões acarretam agregação dos processos, mas essa solução não é a regra, nem é, de comum, propícia para os casos que relacionem demandas coletivas e individuais, abdicando-se da atração competencial (nesse sentido, p.ex.: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 204; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 256-7; DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 5. ed. Salvador: Podium, vol. 4, p. 186 et sqq.).

Calha que, segundo noticia o lugar eletrônico deste Tribunal de Justiça de São Paulo, pende de julgamento, na egrégia 7ª Câmara de Direito Privado da Corte, o recurso de apelação interposto pela Promotoria Pública da Capital contra a r. sentença que, na 41ª Vara Cível, julgou improcedente a mencionada ação civil pública: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.codigo=RMZ019HEQ0000>.

Inviável a reunião dos processos conexos –tal a espécie dos autos, tramitando a ação de natureza coletiva, neste colendo Tribunal–, é caso de **suspender** o curso do vertente processo, por força da questão prejudicial pendente na demanda anterior (alínea a, inc. IV, art. 265, Cód.Pr.Civ.).

Assim, é caso de, cassada a r. sentença de

origem, **suspender o processo individual**, como, não faz muito, já assentou a egrégia 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial (repetitivo) **1.110.549** (relator Ministro SIDNEI BENETI):

“1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)” (ementa).

Lê-se ainda no voto do Ministro BENETI, para o mesmo referido recurso:

“Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.

A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que



ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

(...) Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput* dispõe que 'a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo'.

(...)

Na identificação da macro-lide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo.

No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressalvada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a acidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do

sistema.

Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no próprio bojo da defesa na execução de sentença coletiva.

Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa.”

**POSTO ISSO**, meu voto dá 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 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.

É como voto.

Des. RICARDO DIP -relator  
(com assinatura eletrônica)