



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0001014027

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014636-55.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GRENDENE S.A., é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V. U.

Sustentou oralmente o advogado Antonio Carlos Nachif Correia Filho e a advogada Ekaterine Valente Karageorgiadis.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO E FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018

MARIA LAURA TAVARES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº 25.271

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0014636-55.2013.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: GRENDENE S.A.

APELADA: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO - PROCON/SP

Juíza de 1ª Instância: Simone Gomes Rodrigues Casoretti

Apelação Cível – Ação Anulatória – Multa aplicada pelo PROCON/SP – Propaganda abusiva direcionada ao público infantil – Campanha “Guga K. Power Games” - Abusividade não demonstrada – Campanha “Hello Kitty Fashion Time” – Abusividade demonstrada – Publicidade que induz as crianças a comportamentos inadequados para a sua idade - Ofensa ao § 2º, do art. 37, do CDC – Manutenção da penalidade relativa à segunda infração - Aplicação de penalidade na forma do artigo 57, da Lei nº 8.078/1990 e Portaria Normativa do PROCON – Cálculo da multa que deve levar em consideração a receita bruta média mensal - Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.

Trata-se de ação anulatória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por GRENDENE S.A. em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR DE SÃO PAULO – PROCON/SP objetivando a anulação do Auto de Infração nº 6384, Série D7, lavrado pela requerida em 19.10.2010, nos termos dos artigos 56, inciso I, e 57, do Código de Defesa do Consumidor, em razão da veiculação das campanhas publicitárias “Hello Kitty Fashion Time” e “Guga K. Power Games”, que teriam violado o parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. O PROCON entendeu que as publicidades veiculadas são abusivas, uma vez que se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 569/560), tendo a autora interposto Agravo de Instrumento em face de tal decisão, ao qual foi dado provimento para determinar a suspensão da exigibilidade da multa, independentemente de depósito do valor exigido (fls. 673/683).

A r. sentença de fls. 908/923, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que restou configurada a infração ao artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo que a campanha "Hello Kitty Fashion Time" é abusiva por induzir a criança a um comportamento de adulto, suscitando a ideia de "conquista", isto é, a necessidade ou desejo de a menina/mulher atrair a atenção de meninos/homens e, desta forma, se aproveita da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e a associa a situações incompatíveis com sua condição. Com relação à campanha "Guga K. Power Games", a Magistrada destacou que se trata de publicidade disfarçada, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, além de se caracterizar como propaganda abusiva, uma vez que se aproveita da deficiência do julgamento da criança, que é induzida a acreditar se trata de um jogo com o tenista Gustavo Kuerten, quando na realidade há uma vinculação direta com a marca.

Diante da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

A autora interpôs apelação a fls. 946/975 alegando, em síntese, que a decisão que rejeitou o recurso administrativo apresentado pela autora padece de vício de fundamentação, devendo ser anulados os Autos de Infração. Sustenta que as campanhas publicitárias não exploravam a deficiência de julgamento das crianças e que a campanha "Hello Kitty" apenas mostra um "desfile de moda entre amigas", brincadeira comum entre crianças, sendo que a participação dos garotos no vídeo somente ocorre próxima ao fim do vídeo, não havendo qualquer conotação erótica. Com relação à campanha



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Guga Kuerten”, destacou que a mesma era destinada ao público infanto-juvenil e adulto, e não ao público infantil, sendo que a campanha mostrava um jogo lúdico, que não continha vinculação direta à marca. Sustenta que, com base nos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência do TJ/SP as campanhas publicitárias são absolutamente regulares, não sendo possível presumir que qualquer propaganda voltada ao público infantil será lesiva.

Subsidiariamente, requer (i) a conversão do julgamento em diligência, sob a alegação de que teria havido cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide; ou (ii) a nulidade da sentença e razão da violação ao princípio da vedação à decisão surpresa, já que o parecer elaborado psicólogo Yves de La Taille foi decisivo para a decisão da Magistrada, sendo que as partes não discutiram especificamente as suas conclusões na fase instrutória.

Ainda subsidiariamente, requer a redução do valor da multa, uma vez que o valor aplicado seria desproporcional, já que o PROCON levou em conta o faturamento global da autora para o cálculo, bem como a redução dos honorários advocatícios.

Recurso bem respondido (fls. 991/1035).

Recurso regular e tempestivo (fl. 1038).

É o relatório.

Inicialmente, devem ser rejeitadas as preliminares suscitadas pela apelante.

Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que a análise dos autos permite a conclusão que os mesmos contêm elementos suficientes para a solução da questão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Com efeito, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme o artigo 370 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, a dilação probatória pode ser dispensada se e quando o juiz entender que a prova já produzida nos autos é suficiente para a solução da lide, sem que isto caracterize cerceamento de defesa.

Neste sentido é a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça, de onde podemos destacar o seguinte julgado:

“A tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do Juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, e que o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força para nortear e instruir seu entendimento.” (REsp nº 102303/PE, Relator: Ministro Vicente Leal, DJU 17.5.99).

Neste ponto, não merece reforma a r. sentença, uma vez que encontrando-se a causa madura para julgamento, surge ao magistrado o dever de proceder à resolução da lide, em cumprimento ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

princípio da efetividade da prestação jurisdicional e à garantia constitucional à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Com relação à alegação de violação ao princípio da vedação à decisão-surpresa pela adoção, na r. sentença, do parecer elaborado pelo Psicólogo Yves de La Taille, anote-se que o referido parecer somente foi utilizado para demonstrar a existência de “ingenuidade” no julgamento realizado pelas crianças, não tendo fundamentado a análise específica quanto a verificação ou não da abusividade das campanhas realizadas pela autora.

Ademais, o referido parecer foi juntado aos autos pela própria apelante (fls. 294/303) com as cópias do processo administrativo, sendo descabida a alegação de que houve “decisão-surpresa” em razão de sua menção na sentença, uma vez que as partes poderiam ter se manifestado sobre seus termos, caso entendessem necessário.

Tampouco se verifica qualquer vício na decisão administrativa que manteve o Auto de Infração e a multa.

Da análise da manifestação técnica de fls. 518/527, que opinou pelo não provimento do recurso administrativo, verifica-se que a mesma analisou, de forma suficientemente fundamentada, os argumentos apresentados pela autora em seu recurso, inexistindo qualquer vício de fundamentação na decisão.

Quanto ao mérito, o recurso da autora comporta parcial provimento.

Tem-se dos autos que a apelada foi autuada em 19.10.2010 pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON de São Paulo, nos seguintes termos:

“1) Veiculou em 16.09.2009, em emissora de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

televisão, a campanha publicitária "Hello Kitty Fashion Time" na qual meninas contracenam entre si; conforme as meninas vão desfilando, as amigas mostram cartazes de incentivo com os dizeres "PODEROSA!", "SHOW", "PODE!". Ao final, as meninas passam por alguns meninos que também ostentam cartazes no mesmo teor. Ao fundo, uma voz infantil anuncia: "Sandália da Hello Kitty com relógio que troca de pulseira. A hora certa de você arrasar". Assim, referida campanha incentiva a criança se identificar com os modelos apresentados e copiar a atitude exibida, provocando a erotização precoce, antecipando fases da vida adulta e estimula o consumismo. Ao veicular a referida campanha, a empresa, ora autuada, incide em publicidade abusiva, na medida em que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, em infração ao artigo 37, § 2º da lei nº 8078/90.

11) Veiculou em setembro de 2009, em emissoras de televisão, a campanha publicitária "Guga K.Power Games", no qual o tenista Gustavo Kuerten, após apresentação do produto "papatênis" convida as crianças a acessar o site www.papatenisdoguga.com.br e jogar; para isso, devem cadastrar-se no referido site e escolher um dos modelos do "papatênis". Assim, a empresa realiza publicidade clandestina, na medida em que as crianças não percebem tratar-se de apelo comercial e acreditam estar apenas brincando no site, o que possibilita um contínuo processo de fidelização com a marca. Com tal conduta, a ora autuada utiliza-se da credulidade infantil, na medida em que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, em infração ao artigo 37, § 2º da lei nº 8078/90.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Por tais condutas, fica a autuada sujeita à sanção prevista nos artigos 56, inciso I, e artigo 57 da lei nº 8078/90. Sem prejuízo, das demais sanções previstas no art. 56 da referida lei. A pena poderá ser atenuada ou agravada, conforme previsto no art. 34 da portaria normativa Procon nº 26, de 15/08/2006, com redação dada pela portaria normativa Procon nº 33, de 01/12/2009”

Conforme demonstrativo juntado a fl. 419, foi aplicada multa por ofensa ao disposto no artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), enquadrada como infração do “grupo III” do anexo da Portaria Normativa Procon nº 26/2006, com a redação dada pela Portaria nº 33/09, em razão da publicidade abusiva.

O dispositivo tido como violado (parágrafo 2º do artigo 37 da Lei nº 8.078/90) possui a seguinte redação:

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

A discussão central é se as campanhas publicitárias veiculadas pela autora foram abusivas, ou não, por aproveitamento da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

deficiência de julgamento e da falta de experiência de crianças, conforme dispõe o § 2º do artigo 37 do CDC, a autorizar a aplicação de multa pela ré.

A campanha “Guga K. Power Games” apresentava o produto “Papetenis” e incentivava o público a acessar o *site* da autora e participar de um jogo virtual de tênis com o tenista Gustavo Kuerten. No referido jogo virtual, as raquetes são substituídas pelas papetes que devem ser escolhidas pelas crianças.

Em que pese o entendimento da Magistrada de 1ª instância, não se verifica, na propaganda em questão, discriminação de qualquer natureza ou incitação à violência. Também não há exploração do medo ou da superstição e nem desrespeito a valores ambientais. O anúncio também não é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Não estão presentes, portanto, os elementos caracterizadores de uma publicidade abusiva, nos termos do § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

A campanha que tem como principal atrativo a ideia de participação em um jogo com o tenista Gustavo Kuerten e é inegavelmente dirigida ao público infantil, mas é certo que não há vedação constitucional ou legal da divulgação de publicidade dirigida a esse público. Não se pode presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infante-juvenil seja lesivo.

Ainda que a publicidade busque sempre inflamar a vontade de compra, em persuasão dirigida à decisão e à ação de consumir, é certo que o público infantil, como regra, participa apenas no campo do fomento do desejo, já que a decisão e a compra (ação consumidora) estão concentradas nos adultos (pais ou responsáveis dos menores). No caso não há, portanto, própria exploração de “*deficiência de julgamento e experiência*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

da criança’.

A campanha realizada pela autora, a princípio, não desrespeita a criança e nem configura desleal estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão. Não se vislumbra no caso concreto a necessidade de tutela dos destinatários da campanha ou a punição da empresa promotora da campanha.

Em casos semelhantes, assim decidiu este E. Tribunal de Justiça:

ATO ADMINISTRATIVO. Ação Anulatória. Multa aplicada pelo PROCON. Publicidade abusiva. Não verificação da efetiva violação do art. 37, § 2º, do CDC. A publicidade com atrativo de personagens populares do universo infantil, não constituiu prática capaz de iludir o consumidor. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de procedência mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 1043711-20.2016.8.26.0053; Rel. Des. Isabel Cogan; 12ª Câmara de Direito Público; j. 18/10/2017)

APELAÇÃO – Anulação de ato administrativo com vistas a desconstituir o Auto de Infração lavrado pelo Procon – Alegação de violação ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor – Inocorrência – Impossibilidade de presunção de qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil que tenha caráter abusivo – Propaganda sem conteúdo apelativo, tampouco publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança – Sentença mantida – Recurso voluntário e Reexame necessário desprovidos. (Apelação / Remessa Necessária nº 1010889-46.2014.8.26.0053; Rel.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Des. Moreira de Carvalho; 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público; j. 25/04/2016)

APELAÇÃO Publicidade abusiva Pretensão anulatória de auto de infração e imposição de multa do PROCON Indução ao consumo de produtos de qualidade nutricional baixa, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência de crianças Não verificação, in casu, de abusividade Inteligência do art. 37, § 2º, do CDC Campanha publicitária que se ateuve aos limites da livre-concorrência e da legalidade Inexistência de razão, ante a campanha veiculada, para se afirmar ofensa à hipossuficiente Sentença de procedência reformada apenas para redução da verba honorária, ante a necessária equidade - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão, ou, ainda, por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo Procon." (Apelação Cível nº 025180-44.2009.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 27/11/2012)

Nesse sentido também é o entendimento desta C. 5ª

Câmara:

MULTA ADMINISTRATIVA – Sanção cominada pelo PROCON em razão de publicidade considerada abusiva – Veiculação da comercialização de lanches



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

e brinquedos atrelados a ocasiões de convívio – Kit “Mc Lanche Feliz” – Abusividade não verificada, não comportando interpretação literal o disposto na Resolução nº 163/2014 do CONANDA – Responsabilidade familiar pela educação dos filhos que não pode ser absorvida pelo Estado em todas as hipóteses, em paternalismo injustificável – Precedente jurisprudencial – Apelação do PROCON não provida. (Apelação Cível nº 0018234-17.2013.8.26.0053; Rel. Des. Fermino Magnani Filho; 5ª Câmara de Direito Público; j. 29/06/2015)

Assim, não há que se falar em publicidade abusiva no que se refere à campanha “Guga K. Power Games”, devendo ser afastada a multa em relação a tal infração.

Por outro lado, a multa aplicada em relação à campanha “Hello Kitty Fashion Time” deve ser mantida.

A referida campanha mostra meninas desfilando para as amigas, que mostram cartazes com os dizeres: “PODEROSA!”, “SHOW”, e “PODE!”. Ao final do vídeo, as meninas passam desfilando na rua por alguns meninos que ostentam cartazes com os dizeres: “LINDA!”, “UAU” “D+”.

Ao contrário do que ocorre em relação à campanha “Guga K. Power Games”, a campanha “Hello Kitty Fashion Time” deve sim ser considerada abusiva, uma vez que ultrapassa a problemática do “consumo”, induzindo o público alvo a um comportamento inadequado.

Na campanha em questão, as meninas comportam-se como modelos adultas, transmitindo a ideia de que o uso das sandálias da “Hello Kitty” fará com que as mesmas seja consideradas “poderosas” e que tal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fato ensejara a aprovação das amigas.

No mais, é certo que a campanha estimula uma erotização precoce, suscitando a ideia de necessidade de conquista/atração dos meninos, uma vez que, ao final do vídeo, as meninas passam por garotos que seguram cartazes contendo elogios à sua aparência física.

Se é certo que os pais possuem o poder de decisão da compra (ação consumidora), podendo obstar o desejo de consumo dos filhos, o mesmo não se pode dizer no que se refere ao comportamento nocivo induzido pela publicidade, que foge do controle dos responsáveis pela criança.

Conclui-se, assim, que a referida publicidade é abusiva, nos termos do § 2º do artigo 37 do CDC, por induzir as crianças a comportamentos prejudiciais e inadequados a sua idade.

Por essa razão, deve ser mantida a aplicação da multa em relação à campanha "Hello Kitty Fashion Time".

Por fim, a alegação de que a multa aplicada ofenderia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também não merece acolhimento.

O artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor estabelece os parâmetros mínimo e máximo da multa aplicável pela infração às normas de defesa do consumidor, conforme já transcrito.

A imposição da multa tem previsão legal e a Portaria Normativa Procon nº 26/2006 (alterada pelas Portarias 33/2009 e 36/2010), em vigor à época dos fatos, limitou-se a estabelecer os critérios para a aplicação da penalidade, sendo que o administrador público recebeu atribuição e competência para fixar a pena de multa de modo concreto, não havendo qualquer irregularidade ou inconstitucionalidade em referida norma.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Esse entendimento foi adotado pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça:

CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada. (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-76.2011.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, j. 14/03/2012).

A constitucionalidade e legalidade da mencionada Portaria foi afirmada por este Tribunal, inúmeras vezes:

ADMINISTRATIVO MULTA INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ARBITRAMENTO DE ACORDO COM A PORTARIA Nº 26/06 DO PROCON, NA REDAÇÃO DA PORTARIA 33/09 ADMISSIBILIDADE AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AÇÃO VISANDO ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO OU REDUÇÃO DA SANÇÃO IMPROCEDENTE SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação Cível nº 0007754-48.2011.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 25/08/2014).

APELAÇÃO CÍVEL Ação anulatória de auto de infração – PROCON - Infringência aos arts. 31 e 39,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ambos do CDC Alegação de inexistência de práticas ofensivas, atendimento rápido à consumidora lesada, ilegalidade da multa aplicada, ausência de fundamentação e critérios utilizados para a fixação da pena pecuniária, ilegalidade da Portaria n. 26/06 e violação ao princípio da razoabilidade Sentença de improcedência decretada em primeiro grau Pretensão de reforma Impossibilidade Informações dúbias com relação ao prazo de garantia do produto adquirido pela reclamante – Portaria n. 26/06 Constitucionalidade declarada na Arguição de Inconstitucionalidade n. 0266701-76.2011, do Colendo Órgão Especial desta Egrégia Corte Auto de infração devidamente motivado Dano à coletividade configurado - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade preservados Precedentes - desta Egrégia Câmara Recurso improvido Sentença mantida (Apelação Cível nº 0014205-21.2013.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Silvia Meirelles, j. 30/06/2014).

O objetivo da penalidade é desestimular o infrator ao descumprimento das normas de defesa do consumidor, sendo importante que seu montante tenha o condão de intimidá-lo e desmotivá-lo, coibindo práticas congêneres.

Os critérios para sua quantificação consideram a capacidade financeira e a gravidade das infrações, não havendo violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No mais, tendo a infração sido cometida pela empresa autora como um todo, a análise de sua condição econômica deve levar em consideração o seu faturamento global.

Nada há de irregular, portanto, na fixação da multa com base no artigo 32 da Portaria nº 33/2009.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Contudo, compulsando-se os autos, verifica-se que o valor adotado pela requerida como "receita bruta" da autora para o cálculo da multa não observou os ditames do artigo 32 da Portaria nº 33/2009, que assim dispõe:

Art. 32. A condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão.

§ 1º A média da receita mensal bruta estimada pela Fundação PROCON-SP poderá ser impugnada até o trânsito em julgado no processo administrativo, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos:

I – Guia de informação e apuração de ICMS – GIA, com certificação da Receita Estadual;

II – Declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;

III - Demonstrativo de resultado do exercício – DRE, publicado;

IV – Declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal;

V – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro Empresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado.

§ 2º Na hipótese de fornecedor que desenvolva atividade de fornecimento de produto e serviço, será necessária a apresentação de documentos que comprovem a receita bruta auferida em ambas as atividades, observada a relação constante do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

parágrafo anterior.

§ 3º A receita considerada será referente à do estabelecimento onde ocorrer a infração, salvo nos casos de infrações que atinjam outros estabelecimentos do mesmo titular, caso em que suas receitas também deverão ser computadas.

Da leitura do artigo acima transcrito, conclui-se que deve ser observada a média *mensal* da receita bruta da empresa, apurada preferencialmente nos três meses anteriores à lavratura do Auto de Infração.

No caso dos autos, contudo, conforme se verifica por meio dos documentos de fls. 70 e 419, o PROCON tomou por base a receita bruta total do ano de 2009, e não a média mensal.

Por essa razão, deve ser acolhido o pedido subsidiário formulado pela autora, para que a multa seja calculada tomando-se por base o valor de R\$ 546.370.000,00 indicado no recurso de apelação e demonstrado por meio do Relatório de Informações Trimestrais juntado aos autos (fls. 502/515).

Pelo exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para (i) afastar a multa relativa à campanha publicitária "Guga K. Power Games" e; (ii) determinar o recálculo da multa relativa à campanha "Hello Kitty Fashion Time" tomando-se por base o faturamento médio do trimestre anterior à lavratura do Auto de Infração, nos termos da fundamentação.

Em razão da modificação do julgado, cada parte arcará com metade das despesas processuais, nos termos do art. 86 do Código de Processo Civil/2015, além dos honorários advocatícios da parte adversa, ora fixados em R\$ 10.000,00, na forma do art. 85, § 8º do mesmo Diploma Legal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Maria Laura de Assis Moura Tavares
Relatora