



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Registro: 2020.0000167350

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1015328-03.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (HABIB'S), é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Adriana Vela Popoutchi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 3 de março de 2020.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 11ª Câmara de Direito Público

VOTO Nº 23.512

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1015328-03.2014.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

**APELANTE: ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS
 IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

APELADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Apelação - Ação anulatória - Auto de infração lavrado pelo Procon em desfavor da autora, sob alegação de violação ao art. 37, §2º do CDC - Nulidade da sentença por cerceamento de defesa desacolhida - 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 - Mérito - Abusividade na campanha não constatada - Impossibilidade de presunção de qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil que tenha caráter abusivo - Venda de lanches com brindes de brinquedos em forma de animais e livros educativos - Vídeos que mostram a interação respeitosa das crianças com a fauna e a flora em um ambiente familiar - Decisão de compra que pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores - Recurso provido.

Trata-se de ação de procedimento ordinário ajuizada por Alsaraiva Comércio e Empreendimentos Imobiliários EIRELI visando à anulação do auto de infração n.º 5466 lavrado pelo PROCON/SP - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor que considerou abusiva a publicidade praticada pela autora na campanha "Que bicho é esse?" na rede Habib's, lavrando a multa no valor de R\$ 2.408.240,00 (dois milhões, quatrocentos e oito mil e duzentos e quarenta reais). Alega a autora que não existe disposição legal que impeça a veiculação de publicidade de produtos para crianças e que a campanha não foi abusiva, mas, sim, tinha caráter educativo, eis que fornecia livros e bichinhos articulados com o objetivo de incentivar a interação infantil com o meio ambiente e com a leitura. Sustenta que além de versar sobre o universo infantil, para que a publicidade seja considerada abusiva,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

deverá apresentar violações a ética, a moralidade, aos bons costumes, aos princípios gerais do direito e aos mais altos valores sociais, conforme expressa disposição do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não poderia ser enquadrada no art. 37, §2º do CDC. Aduz que não há vinculação entre a venda do lanche e do respectivo brinquedo, que pode ser adquirido separadamente, de modo que inexistente qualquer razão para se vincular a aquisição dos brindes com o consumo excessivo de alimentos *fast-food*. Salienta, todavia, que os alimentos comercializados pela Autora ao público infantil estão entre os mais saudáveis do mercado de alimentos *fast-food*, preparado por especialistas para oferecer alimentos balanceados e nutritivos (esfihas assadas e suco natural). Ressalta que os livros e brinquedos da campanha foram objeto de pedidos por escolas públicas e privadas, além de ser reconhecidos como educativos pela sociedade civil, o que demonstra a qualidade da campanha. Subsidiariamente, requer a redução do valor da multa, pois confiscatória e desproporcional ao suposto ilícito cometido.

A ré apresentou contestação aduzindo que (i) tem competência para a lavratura do auto de infração objeto dos autos; (ii) a norma do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a autuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil; (iii) o vídeo em questão, à evidência, atribui relevância ao fato de brincar com os bichinhos, representando o simples “ter por ter”; que a noção de quem brinca com os bichinhos é feliz e se diverte, acaba por causar abusividade da mensagem, ao incutir no público infantil o sentimento de necessidade de se ter um ou mais dos bichinhos da aludida promoção para brincar, divertir-se e, conseqüentemente, ser feliz; (iv) que em momento algum é informado que o kit acompanha os livros mencionados na defesa; (v) por conta da peculiaridade de ser pessoa em formação, a criança é incapaz de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing*, de modo que o vídeo em questão também viola o princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor; assim, a publicidade, para não ser abusiva, deve ser dirigida a



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 11ª Câmara de Direito Público

quem decide a compra, e não a quem a influencia; (vi) a Administração Pública, ao exercer o controle estatal da publicidade, não está vinculada às decisões do CONAR. São controles diferentes. Naquele, prevalece os interesses do mercado publicitário. Neste, a ótica é a defesa dos interesses dos consumidores, que sempre prevalecerão sobre quaisquer outros; (vii) a discussão sobre o assunto culminou com a edição da Resolução 163/14 do CONAR que proíbe a publicidade voltada às crianças e adolescentes; (viii) que foi observado o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo; (ix) inexistência de violação à liberdade de expressão, à livre iniciativa, à isonomia e à segurança jurídica; (x) legalidade da Portaria Procon 26/06 que deu concreção aos conceitos abertos contidos no art. 57, da Lei n.º 8.078/90; (xi) a multa é proporcional ao porte econômico da empresa e à gravidade da infração.

Foi determinada a realização de prova pericial pedagógica e educacional (fls. 1184/1185 e 1273). Laudo pericial a fls. 1317/1331.

A r. sentença de fls. 1355/1368, sob o entendimento de abusividade da propaganda e de proporcionalidade do valor da multa, julgou improcedente o pedido. Foram fixadas as custas e as despesas na forma da lei. Em razão da sucumbência, condenou a autora no pagamento dos honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação a fls. 1410/1450 aduzindo, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante a ausência de decisão acerca do pedido de prova pericial nutricional, com prolação da sentença antes de encerrada a fase instrutória. No mérito, insiste na inexistência de abusividade da campanha promocional "Que bicho é esse?" salientando que a simples existência de brinquedos na campanha publicitária não gera necessariamente a sua classificação como abusiva. Alega que a r. sentença recorrida é carente de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

fundamento técnico e jurídico/legal que justifique a mudança de entendimento repentina do magistrado que havia concedido a liminar. Salienta que o laudo pericial demonstrou a toda evidência que a campanha publicitária da Apelante não é abusiva sob nenhum aspecto, cumprindo o papel de entreter e despertar na criança a curiosidade pelo mundo animal e interesse pela leitura. Reforça o interesse estatal e da sociedade civil nos brindes da campanha e a inexistência de vinculação entre a compra do lanche e do brinquedo. Afirma a inexistência de lei que proíba a veiculação de publicidade ao público infantil e a impossibilidade de se retroagir a Resolução 163/2014. Diz que a multa é confiscatória e desproporcional, de modo que, requer, em caráter subsidiário, a sua redução. Requer, ainda, a redução do valor dos honorários advocatícios de sucumbência.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas às fls. 1461/1474 alegando a desnecessidade da perícia nutricional, uma vez que a própria apelante informa em seu site a tabela nutricional de seus alimentos. Diz que é irrelevante para a autuação a qualidade dos livros entregues pela empresa, sendo louvável que os itens apresentam, conforme afirma o apelante, a qualidade reconhecida pelo governo federal. Todavia, a qualidade do livro não afasta o caráter abusivo da publicidade veiculada, não podendo os fins justificarem os meios. Afirma que a campanha publicitária utilizou expressões que vinculam os sentimentos de família e amizade aos brinquedos da campanha, além de se aproveitar da deficiência de julgamento da criança, bem como que os livros foram incluídos após o início da campanha. Por fim, defende a legalidade e proporcionalidade da multa imposta.

O Instituto Alana apresentou pedido de intervenção no feito como *amicus curiae* (fls.1484/1702), pedido este indeferido a fls.1707/1710.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 11ª Câmara de Direito Público

Inicialmente, a preliminar de cerceamento de defesa, em razão do julgamento sem análise do pedido de perícia nutricional, não merece guarida.

A análise dos autos permite a conclusão de que estes contêm os elementos suficientes para a solução da questão, não sendo necessária a produção de outras provas.

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 veja-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"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)

O ponto central dos autos diz respeito a ser ou não ser a campanha publicitária do apelante abusiva, independentemente do valor nutricional dos alimentos que comercializa, de modo que a perícia nutricional era mesmo despicienda à solução do litígio.

No mérito, o recurso comporta provimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

Na época em que veiculada a campanha em comento, a Resolução n.º 163/2014 que enumera os aspectos da abusividade da publicidade e da propaganda direcionada ao público infantil não estava em vigor, de modo que não pode ser o fundamento legal para a aplicação da penalidade.

Em vigor estava somente o artigo 37,§2º do Código de Defesa do Consumidor que prescreve, com conceitos abertos, que: *“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.”*

Não basta que a publicidade aborde o universo infantil para que seja considerada abusiva. Para tanto, ela deve conter elementos nocivos ao desenvolvimento infantil.

Nesse contexto, não se verifica a abusividade alegada. A publicidade explora o lúdico, sem ofender a honra e a dignidade das crianças. A campanha exalta o respeito ao meio ambiente, o desenvolvimento consciente e a integração entre a criança, seus pais e educadores.

De fato, os vídeos mostram as crianças brincando com os animais objeto dos brindes em total respeito à fauna e à flora. Mostram, ainda, uma roda de leitura com adultos e crianças em um ambiente amistoso e familiar.

De se ressaltar que a perícia concluiu que os brinquedos e os livros da campanha são educativos, *“não se encerrando em um fim em si mesmo com a venda do produto e com a aquisição dos brindes.*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 11ª Câmara de Direito Público

Contém informações e curiosidades importantes para o desenvolvimento da consciência ambiental, ecológica e para a cultura de maneira geral." (p.1330)

Além disso, não há como desprezar a existência dos responsáveis pela criança, de forma que ainda que a publicidade seja dirigida ao público infantil, a decisão de compra pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores.

Nesse sentido, em casos análogos, esse Tribunal já decidiu:

"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".

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1010889-46.2014.8.26.0053; Relator (a): Moreira de Carvalho; Órgão Julgador: 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/04/2016; Data de Registro: 26/04/2016)

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

(TJSP; Apelação Cível 0018234-17.2013.8.26.0053; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
11ª Câmara de Direito Público

**Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública;
Data do Julgamento: 29/06/2015; Data de Registro:
30/06/2015)**

Por tais argumentos não verifico a abusividade alegada, devendo ser anulada a multa imposta.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de apelação para anular o auto de infração n.º 5466. Em razão da sucumbência, condeno o réu no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 10% do valor da causa.

Eventual recurso que seja apresentado deste julgado estará sujeito ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento do oferecimento do referido recurso.

OSCILD DE LIMA JUNIOR

Relator