



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1043711-20.2016.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Infração Administrativa**
 Requerente: **Mondelez Brasil Ltda**
 Requerido: **Procon - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Luiz Fernando Rodrigues Guerra**

Vistos.

MODELEZ BRASIL LTDA ajuizou ação cível em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO – PROCON-SP**, pelo procedimento comum.

Alegam, em suma, que foi submetida a processo de fiscalização no âmbito da ré, o que resultou no Auto de Infração nº 01920-D8, no valor original de R\$ 458.240,00. O fundamento da autuação é o de que ré estaria se beneficiando do descumprimento de normas consumeristas, veiculando publicidade que induziria a erro consumidores a partir da utilização de personagens da “Turma do Bob Esponja e o Bocão” nas embalagens do referido produto, da distribuição de figurinhas adesivas no interior das embalagens e da realização de promoções em site da marca na Internet.

Defende-se, sustentando que a ré adota, mundialmente, regras que disciplinam a publicidade de seus produtos, não dirigindo propagandas a crianças com menos de seis anos e restringindo o conteúdo de suas propagandas para crianças entre seis e doze anos, seguindo as normas do Código Brasileiro de Autoregulação Publicitária e os termos do Compromisso Público de publicidade de alimentos e bebidas destinados a crianças, firmado pela Associação Brasileira de Indústrias de Alimentação e a Associação Brasileira de Anunciantes.

Susteve em processo administrativo que os materiais publicitários não são discriminatórios, não incitam a violência, não exploram o medo ou a superstição, não se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ambientais e não induzem a comportamento prejudicial ou perigoso.

Ao longo da petição inicial, busca rebater as conclusões dos técnicos da autarquia estadual, buscando descaracterizar a identificação das infrações apontadas e que levaram a sua autuação.

Entende que a autuação administrativa merece ser afastada, diante da violação ao dever de motivação, em afronta aos artigos 93, inciso X, e 1º, da Constituição federal, e artigos 2º e 50, da Lei nº 9.784/99, a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa e a violação ao princípio da legalidade. Ainda, susteve a aplicabilidade do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a inaplicabilidade da Resolução nº 163/2014 do CONANDA. Por fim, questiona o valor da multa imposta, sob o ponto de vista da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao final, pugna pela procedência do feito, com a declaração de nulidade da autuação administrativa e, subsidiariamente, a redução do valor da multa.

Foi deferida medida liminar, em sede de agravo de instrumento, para a suspensão da exigibilidade da multa administrativa, condicionada a apresentação de seguro garantia.

Devidamente citada, a ré apresentou resposta, sob a forma de contestação. No mérito, pugna pela improcedência da ação, considerando que os fatos consignados na multa administrativa efetivamente ocorreram e que a multa não possui irregularidade passível de reconhecimento. Ainda, defendeu a legalidade do procedimento fiscalizatório que levou a autuação da autora, que observou os termos do artigo 3º da Portaria nº 02/99 da FUNDAÇÃO PROCON. Quanto ao mérito da autuação administrativa, defende a existência de infração administrativa, diante da existência da publicidade abusiva, em violação ao disposto no artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/90, que buscaria dar concretude a proteção constitucional da acriança e do adolescente (artigo 227, caput, da Constituição Federal). Por fim, impugnou a pretensão das autoras em ver reduzido o valor da multa administrativa, que observou os critérios trazidos pela Portaria nº 26/06, com redação dada pela Portaria nº 33/09, que observam os limites qualitativos e quantitativos especificados nos artigos 56, inciso I, e 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

A autora apresentou réplica.

Instadas a especificarem provas, as autoras pugnaram pelo julgamento antecipado.

É o relatório.

FUNDAMENTO e DECIDO.

Considerando que a matéria tratada nos autos possui conteúdo exclusivamente jurídico, o feito comporta julgamento antecipado, na forma do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

No mérito, de rigor a procedência dos pedidos formulados pela autora.

A questão candente nos autos é motivo de grande discussão, que transcende o âmbito jurídico, enveredando para as ciências humanas (psicologia, em especial), esbarrando na esfera de educação familiar das crianças para o consumo.

E a questão mostra-se complexa na medida em que busca restringir a publicidade de um produto, o oferecimento de brindes (figurinhas, no caso concreto) e o emprego de motivos de determinada turma de personagens infantis. Tudo fundado em uma premissa de que a propaganda contundente, que incute na mente de uma criança do desejo de possuir um brinde de seu personagem infantil favorito importaria em um estímulo ao consumo desenfreado de determinado produto alimentício, em detrimento da saúde da criança e do adolescente.

Evidentemente, a discussão de natureza extrajurídica não será objeto de abordagem no âmbito do presente julgamento, de sorte que toda a argumentação psicológica e política tratada pelos litigantes não será considerada como fundamento de decidir. Nesse feito, cabe a discussão acerca da legalidade do proceder dos prepostos da ré no âmbito da fiscalização que é objeto de análise.

Os atos imputados à autora tem capitulação no artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/90,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

que possui 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)”.

Pois bem, a premissa para a imposição da autuação à autora é o fato de que a utilização de motivação fundada na “Turma do Bob Esponja e o Bocão” nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa importariam em um aproveitamento da deficiência de julgamento e da experiência da criança. Um conhecimento mínimo da forma como se dá a aquisição dos produtos que são objeto de destaque na análise demonstra a ausência de fundamento na imputação.

Crianças não efetuam compras de gelatina; adultos compram gelatina, com ou sem a companhia de crianças. E quando a compra se dá com a presença das crianças, não consigo vislumbrar como a criança participa da tomada de decisão em comprar a marca de gelatina distribuída pela autora ou o produto da concorrente.

Não bastasse, não entendo que o uso da imagem dos personagens da “Turma do Bob Esponja e o Bocão” nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa de gelatinas importe em propaganda abusiva, pois efetivamente não promovem a publicidade discriminatória de qualquer natureza, não incitam à violência, não exploram o medo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

No presente caso, não se verifica nenhuma abusividade, pois o produto que é objeto de comercialização não é comumente adquirido por crianças, mas sim por seus pais ou responsáveis. Portanto não há que se falar que o público alvo é um grupo hipossuficiente na matéria de experiência, influenciável pela propaganda incisiva patrocinada pela autora.

O fato da propaganda dos produtos atender ao Código Brasileiro de Autoregulamentação Publicitária e aos termos do Compromisso Público de publicidade de alimentos e bebidas destinados a crianças, firmado pela Associação Brasileira de Indústrias de Alimentação e a Associação Brasileira de Anunciantes, por si só, não seria fundamento o bastante para o afastamento da autuação. Do contrário, estar-se-ia limitando o poder fiscalizatório próprio da autarquia estadual, afastando de análise e penalização programas publicitários ou anúncios de produtos potencialmente lesivos à crianças e adolescentes. Entretanto, é de se reconhecer que a divulgação dos produtos pela ré, ao atender os protocolos acima mencionados, afastou eventual alegação de que se faz presente a potencialidade lesiva que levou à autuação administrativa.

Em matéria de propaganda abusiva ou enganosa, entendo que não se possa partir de critérios hipotéticos, objetivos, imprecisos e dissociados na realidade prática. Necessário se faz a apuração concreta do conteúdo veiculado e a demonstração da forma como essa propaganda atinge ao grupo de proteção especial, no caso, as crianças e adolescentes. Não caracteriza a ofensa, na forma do dispositivo legal empregado como arrimo jurídico, não deve prevalecer a autuação administrativa.

Nesse sentido, consignem-se julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo no mesmo sentido:

Ementa: "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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

criança – Sentença mantida – Recurso voluntário e Reexame necessário desprovidos". (Apelação nº 1010889-46.2014.8.26.0053, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Rel. Des. MOREIRA DE CARVALHO, j. em 25.4.2016)

Ementa: 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. (Apelação nº 0013713-29.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. MARCELO BERTHE, j. em 26.1.2015)

Por fim, a defesa da desproporcionalidade da multa aplicada merece análise apenas se afastar eventual alegação de nulidade da sentença, por falta de apreciação de pedido subsidiário. E o julgamento segue no sentido do não acolhimento da tese subsidiária, pois a multa imposta é fundada em dispositivo legal que padece de vício da inconstitucionalidade e em portarias regulamentadoras ilegais, não se mostra digna de acolhimento, já que se contrapõe ao entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ainda, se a multa imposta é imoral ou violação o princípio da proporcionalidade, qual valor deveria ser o valor imposto? Qual o critério a ser considerado na imposição da sanção? À evidência o pedido de redução da multa mostra-se inepto, o que afasta qualquer possibilidade de acolhimento.

Demonstrado que a fundação pública aplicou multa segundo parâmetros fixados em normatização de caráter genérico, sem intuito persecutório, não entendo haver fundamento para a minoração do valor da sanção pecuniária. Ademais, a Portaria nº 26/2006, legislação em se funda a ré para a fixação da multa administrativa, foi considerada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, conforme ementa:

Ementa: 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 0266701-76.2011.8.26.0000, Relator(a): Roberto Mac Cracken, São Paulo, Órgão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Especial, 14/03/2012).

No mesmo sentido, consignem-se julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: **MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. Anulação ou redução. Aplicada em razão da falta de identificação do estabelecimento comercial e de indicação da data e turno em que o produto seria entregue. Violação da Lei Estadual nº 13747/2009 e do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. Multa, de R\$ 114.989,67, compatível com a gravidade das infrações, com o porte econômico do estabelecimento e com o fato da reincidência. Média estimada do faturamento, porque não apresentados os documentos fiscais exigidos pela Portaria 26/2006, que uniformiza critérios para a graduação das multas administrativas de acordo com os parâmetros da lei do consumidor. Sem motivo de alteração do valor da multa e dos honorários advocatícios. Recurso e reexame necessário a que se nega provimento. (Apelação nº 1002477-29.2014.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. EDSON FERREIRA, j. em 11.2.2015)**

Ementa: **ANULAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA PROCON - Pretensão de declaração de nulidade do procedimento administrativo e da multa aplicada pelo PROCON por violação aos art. 31 e 39 do CDC - Descumprimento das normas que regulamentam o Serviço de Atendimento ao Consumidor SAC - Demora de mais de 60 (sessenta) segundos para contato com o atendente, ausência de informação na página da internet da empresa sobre o serviço de atendimento ao consumidor (SAC) para pessoas com deficiência auditiva ou de fala, finalização da ligação por parte da atuada antes da conclusão do atendimento e indisponibilidade de serviço de atendimento ao consumidor (SAC) por telefone - Sentença de improcedência - Apelo da autora - Descabimento - Constitucionalidade e legalidade do Decreto nº 6.523/2008 - Fiscalização que se baseou em relatos de consumidores enviados pela internet, reclamações presenciais de consumidores e Relatório de Fiscalização acompanhado de CD com as gravações dos atendimentos - Presunção de veracidade dos atos administrativos - Alegação de força maior e fato exclusivo de terceiro - Não ocorrência - Documentos que comprovam a falhas no planejamento da recorrente - Responsabilidade verificada - Multa aplicada em conformidade com o disposto nos arts. 56 e 57 do CDC - Inconstitucionalidade da Portaria nº 26/06 do PROCON afastada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça - Fundação que detém poder regulamentar em conformidade com o art. 55, §1º, do CDC - Portaria que não invade a competência legal - "Quantum" fixado em conformidade com os parâmetros legais e que não ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida - Recurso não provido. (Apelação nº 0016196-37.2010.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. MANOEL RIBEIRO, j. em 11.2.2015)**

Por fim, no capítulo referente à análise dos precedentes jurisprudenciais colacionados pela parte vencida, em que se pese o profundo respeito que este magistrado nutre pelas decisões trazidas que emanaram de tão importantes Cortes, é de se consignar que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

fundamentação da sentença é escorada em precedentes jurisprudenciais divergentes àqueles e pertinentes ao caso em exame.

Nesse sentido, uma vez que os julgados trazidos pelo vencido não refletem posição unificada, sendo que algumas das decisões divergentes foram colacionadas no bojo deste feito e foram prolatadas por órgãos de igual significância, resta inviabilizada qualquer discussão aprofundada a respeito da questão, já que importaria em trabalho exclusivamente doutrinário, sem relevância prática para a solução da lide. Sem se olvidar que o inciso VI, do § 1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil, não trata da colidência de entendimentos jurisprudenciais, mas da necessidade em se justificar não adoção de precedente ou jurisprudência solidificada invocada pela parte na fundamentação da sentença.

Insta salientar que os precedentes trazidos pela vencida não possuem eficácia vinculante, já que não oriundos de súmula do STF ou do STJ, de enunciado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nem de julgamento de demandas repetitivas ou assunção de competência.

Nestes termos, **JULGO PROCEDENTE** a presente ação, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para declarar a nulidade do Auto de Infração nº 01920-D8.

Diante da sucumbência experimentada, arcará(ão) o(a/s) vencido(a/s) com o pagamento integral de custas e despesas processuais, devidamente atualizadas a partir do desembolso pelo vencedor, bem como honorários advocatícios do(s) patrono(s) do(a/s) vencedor(a/s), os quais fixo em 10%, sobre o proveito econômico obtido na sentença (o que engloba eventual condenação) - ou, inexistindo este, sobre o valor da causa atualizado -, que se não superar 200 salários mínimos (artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC), bem como, no que lhe exceder, os percentuais mínimos previstos em cada um dos incisos subsequentes eventualmente aplicáveis (artigo 85, § 3º, incisos II, III, IV e V, do CPC), conforme determina o mesmo artigo 85, em seu parágrafo 5º.

Com efeito, nenhuma dúvida há quanto à incidência dos 10%, nos termos supra referidos, por se tratar do mínimo legal. Conforme estabelece o § 4º, inciso I, do artigo 85, a definição de outros percentuais que ainda incidirão sobre o valor do proveito econômico obtido



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-908
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

somente ocorrerá quando da apuração do valor exequendo, por ocasião da apresentação da memória de cálculo na fase de cumprimento de sentença.

Não obstante, nenhum impedimento há em fixar-se, desde logo, independentemente de quantos percentuais serão efetivamente aplicáveis - definição esta diretamente dependente do liquidação do valor total da condenação ou da atualização monetária do valor da causa -, a gradação deste(s), uma vez que ela é feita com base nos parâmetros estabelecidos pelo artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, a saber, grau de zelo, lugar da prestação dos serviços, trabalho realizado, dentre outros, não guardando qualquer relação direta com o crédito final apurado pelo(a/s) autor(a/es).

E, no caso em exame, não vislumbro qualquer circunstância especial capaz de justificar a fixação dos honorários acima do mínimo legal previsto, na medida em que a ação tramitou normalmente, sem intercorrências, não demandando maiores esforços do que aqueles despendidos para qualquer espécie de ação judicial, razão pela qual o arbitramento no menor percentual legal revela-se adequado.

P.R.I.C.

São Paulo, 25 de abril de 2017.

LUIZ FERNANDO RODRIGUES GUERRA
 Juiz de Direito

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**