



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2028 - E-mail: sp9faz@tj.sp.gov.br

SENTENÇA

Processo n°: **0044517-82.2010.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Dr. Oetker Brasil Ltda**
 Requerido: **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/sp**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Simone Gomes Rodrigues Casoretti**

VISTOS.

DR. OETKER BRASIL LTDA. moveu ação contra a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON** alegando que foi autuada em razão de ter veiculado publicidade considerada abusiva, relacionada à promoção “Zoobremesas”, enquadrando-se no artigo 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Afirmou que a autuação apresenta desvio de finalidade, fere os princípios da isonomia e impessoalidade e que o cálculo da multa afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Alegou que a promoção previa que “qualquer pessoa, adquirindo ou não qualquer produto da linha Dr. Oetker (inclusive produtos não destinados ao público infantil) poderia adquirir os produtos incluídos na promoção” e que os produtos são adquiridos pelos pais ou responsáveis e não pelas crianças. Também, aludiu ao curto período da promoção, à inexistência de venda casada e do requisito de irresistibilidade ou estímulo ao consumo excessivo no anúncio e, ainda, atacou a forma de aplicação do artigo 57 do CDC. Requereu a antecipação do efeitos da tutela para suspensão da exigibilidade da multa, evitando-se a inscrição na dívida ativa e no CADIN e, ao final, a declaração de nulidade do auto de infração e da multa; alternativamente, requereu a redução do valor da penalidade ara 200 UFIR.

Com a inicial vieram documentos (fls. 42/ 515)

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 518/519), levando ao depósito do valor integral (fl. 521), suspendendo-se a exigibilidade da multa, a inscrição na dívida ativa e no CADIN (fl. 533 e 536).

Citada, a ré ofertou contestação e documentos (fls. 564/1110). Alegou, em resumo, que a autora efetivamente infringiu o disposto no artigo 37, parágrafo 2º, do CDC, por publicidade abusiva em razão de se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança. Citou o artigo 227, caput, da Constituição Federal, o Estatuto



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806 - Centro
 CEP: 01501-020 - São Paulo - SP
 Telefone: 3242-2333r2028 - E-mail: sp9faz@tj.sp.gov.br

da Criança e do Adolescente (artigos 4º a 7º, 17 e 18), pesquisas e estudos realizados, para concluir pelo impacto da publicidade no público infantil. Defendeu a aplicação de multa e a forma de cálculo utilizada.

Não houve réplica (fl. 1126).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Antecipo o julgamento, pois suficientes os documentos, nos termos do art. 330, I do Código de Processo Civil.

A autora ataca, sob diversos fundamentos, a multa aplicada, pretendendo sua anulação.

Em primeiro, cumpre estabelecer se houve infração.

Diz o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

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.

Em que pesem os diversos argumentos utilizados pelas partes, para análise de eventual infração, deve-se ver a promoção sob o ponto de vista de seu público-alvo, ou seja, da criança.

Com essa visão em mente, percebe-se que o objeto principal da demanda é a propaganda televisiva, sendo de pouca importância regulamentos, prazos e preços, dentre outros temas.

A pergunta que se deve fazer é: o que a criança vê e o que ela ouve, naqueles trinta segundos de exposição ao anúncio? Ela vê “outras crianças e pré-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2028 - E-mail: sp9faz@tj.sp.gov.br

adolescentes em cenário fantasioso, onde, num suposto templo antigo, havia o consumo de diversas guloseimas” (fl. 55).

Nesse cenário, em primeiro, as crianças são mostradas comendo os diversos doces e, depois, as mochilas adquirem vida e permitem que seja burlada a proibição de levar as gostosuras mostradas.

Pega-se a maior quantidade de guloseimas que se pode carregar. Ao final, há uma insinuação de que as crianças estariam dividindo o saque. E é nesse momento que se ouve a chamada: “Na compra de cinco produtos da Dr. Oetker, mais sete e noventa e nove, você ganha uma mochila animal. Agarre a sua!”.

Assim, claramente se pode concluir que há associação direta entre as mochilas e o permissivo de consumo exagerado dos doces mostrados e, ainda, existe estímulo imperativo para a aquisição das citadas mochilas.

Completando, não é razoável supor que a criança estaria preocupada com a quantidade e o preço dos produtos ou com o fato de que teria que pagar mais “sete e noventa e nove”. O que ela quer é ganhar a mochila “animal”.

Identifica-se, pois, a abusividade, na medida em que a propaganda se aproveita da deficiência de julgamento e da experiência (limitada) da criança.

Nesse sentido, o auto de infração de fls. 55/56, indica motivadamente o cometimento das infrações citadas.

Passa-se para a avaliação das normas incidentes.

Inexiste inconstitucionalidade no artigo 57, parágrafo único do CDC. Veja-se:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (g.n.)

A ré agiu em respeito à previsão constitucional do artigo 5º, inciso XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” – combinado com artigo 170, inciso V (princípio da defesa do consumidor).

Tendo-se em vista que a Administração deve seguir o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2028 - E-mail: sp9faz@tj.sp.gov.br

princípio da legalidade estrita (art. 37, caput, da Constituição Federal), o PROCON aplicou o disposto no artigo 57 do CDC.

Ocorre que a lei permite a aplicação de multas em valores que vão do módico ao elevado, levando ao questionamento de que concede à Administração Pública excessiva liberdade de ação, em ofensa ao princípio da legalidade.

Porém, a aplicação do disposto no parágrafo único tem como parâmetro o caput do próprio artigo 57 do CDC (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor), não podendo a Administração agir de forma arbitrária.

Ressalte-se que o legislador foi previdente, ao considerar que a norma seria aplicada em um país de dimensões continentais e em situações que abrangem desde uma pequena loja a uma multinacional, de um a milhões de consumidores, de um a milhões de reais.

Por isso a ampla margem de discricionariedade, que nada tem de inconstitucional como se demonstrou, pois permite a melhor individualização da pena.

Quanto à constitucionalidade dos critérios para cálculo de multas previstos na Portaria nº 26/06, a decisão:

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. (TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-762011.8.26.0000, relator Des. Roberto Mac Cracken, j. 14/03/2012).

Portanto, nenhum reparo na aplicação dos dispositivos legais citados.

Destaque-se que já foi demonstrada a prática de infração, e comprovada a motivação do auto lavrado, que indicou os atos praticados e os dispositivos infringidos por tais atos.

Em relação ao procedimento adotado pela ré, não se identifica ilegalidade, senão vejamos:

A competência do PROCON para fiscalização e aplicação de multa foi conferida pelo artigo 3º, inciso XI, da Lei Estadual nº 9.192/95 e artigo 10 do Decreto nº 2.181/97, além do Decreto Estadual nº 41.170/96 e do próprio CDC (Lei nº 8.078/90).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 8º andar - sala 805/806 - Centro

CEP: 01501-020 - São Paulo - SP

Telefone: 3242-2333r2028 - E-mail: sp9faz@tj.sp.gov.br

Pelos documentos juntados se constata que os procedimentos foram seguidos como determina a lei, respeitando-se os princípios do contraditório e ampla defesa.

Finalmente, a imposição de multa, nos termos do artigo 57, do CDC, a fim de garantir a proteção efetiva dos direitos dos consumidores e educar os eventuais infratores, constitui-se ato administrativo discricionário da Administração, não cabendo ao Poder Judiciário ingressar no seu mérito, sob pena de afrontar o artigo 2º, da Constituição Federal.

Assim, praticado o ato administrativo de acordo com os preceitos legais, não merece reparo pelo Poder Judiciário.

Pelo exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação e condeno a autora ao pagamento de custas e honorários de advogado, que fixo em 10% do valor dado à causa.

P.R.I.

São Paulo, 11 de novembro de 2013.

Simone Gomes Rodrigues Casoretti
Juíza de Direito

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