



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

SENTENÇA

Processo nº: **1006476-43.2021.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Nulidade / Anulação**
 Requerente: **Bk Brasil Operação e Assessoria A Restaurantes S.a**
 Requerido: **PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Fausto Dalmaschio Ferreira**

Vistos,

Trata-se de **Ação Anulatória** promovida por **Bk Brasil Operação e Assessoria A Restaurantes S.a** em face de **PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**. A autora relata, em síntese, que, em 23/04/2019, por força do Auto de Constatação nº 04410-D8 lavrado pelo PROCON, foi intimado a prestar esclarecimentos sobre sua campanha publicitária "Combo King Jr. – Emoji" veiculada entre 20/06/2018 e 21/08/2018. Alega que, por meio de seus esclarecimentos, comprovou a regularidade da campanha e o integral cumprimento da legislação aplicável. Não obstante, o réu teria lavrado Auto de Infração, sem motivação suficiente, indicando que a publicidade da campanha seria abusiva em face do público infantil e, por consequência, teria sido aplicada multa no montante de R\$ 450.740,00. A autora assevera ter apresentado defesa no Processo Administrativo pertinente (nº 3219/2019) demonstrando "[...] (i) a invalidade do Auto de Infração em razão da ausência de indicação expressa dos fundamentos de fato e de direito que teriam ensejado a (errada!) conclusão de que a campanha tenha infringido as regras de publicidade, (ii) a ausência de infração às normas legais pela referida campanha e, por fim, (iii) impugnou o valor da Multa aplicada (v. fls. 93/116 do doc. 3), juntando guias de informação e apuração de ICMS (GIAs) que demonstram o faturamento mensal no Estado de São Paulo referente aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2019 [...]". O réu teria acolhido parte da defesa apenas para reduzir em pequeno aporte da multa aplicada. Destaca, ainda, ter apresentado recurso contra referida decisão, o qual foi desprovido com fundamento em argumentos genéricos e sem considerar as razões da autora, conforme esta alega. Não obstante, argumenta que a multa foi aplicada sem que fossem observadas a proporcionalidade e razoabilidade. Após expor os fundamentos jurídicos de sua pretensão, a



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
 COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

autora requer a concessão de tutela de urgência para que seja suspensa a exigibilidade da multa até o julgamento final desta demanda, impedindo-se a inscrição do débito referente à multa em Dívida Ativa ou a inclusão do nome da autora em qualquer outro órgão de cadastro de inadimplentes. Para a concessão da tutela antecipada de urgência, a autora oferece seguro garantia. Ao final, pugna pela procedência da ação "(ii) [...] declarando a nulidade ou insubsistência do Auto de Infração e do Processo Administrativo, cancelando-se em definitivo a Multa aplicada ou, caso assim não entenda, determinando-se a reabertura da fase instrutória do processo Administrativo, a fim de que seja oportunizado ao BK a produção das provas que lhe foram sonegadas; (iii) Subsidiariamente, caso se repute subsistente a autuação, que seja a Multa recalculada com base nos critérios expostos no tópico C acima [...]".

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (PROCON/SP) ofereceu **CONTESTAÇÃO**. Afirmou que o procedimento administrativo que culminou na confirmação do auto de infração observou todas as regras aplicáveis ao caso. Apontou que o ato apresentou motivação suficiente, descrevendo os motivos de fato e de direito que culminaram na aplicação da penalidade. Alegou que a tese da autora de que a publicidade não foi destinada ao público infantil não encontra respaldo nos fatos, pois a autora aproveitou-se da popularidade dos *emojis* para fornecer brinquedos de pelúcia ao público infantil. No mais, aduziu a regularidade da multa. Requereu ao final a total improcedência da demanda.

Sobreveio réplica que rebateu os argumentos trazidos em contestação e reiterou o mérito. No mais, a autora requereu a produção de prova pericial, testemunhal e documental suplementar (fls. 632/344).

O Instituto Alana requereu a sua admissão no feito como *amicus curiae* (fls. 457/470).

Foi deferido o ingresso do Instituto Alana, bem como a produção de prova documental. No mais, foi indeferida a produção de prova testemunhal (fls. 659/660).

A autora juntou novos documentos por meio de *link* de acesso (fl. 670).

As partes se manifestaram acerca dos novos documentos (fls. 677/682,



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

684/696).

Foi indeferida a produção de prova pericial (fl. 697). A autora requereu a reconsideração da decisão que indeferiu a prova técnica pericial (fls. 702/708)

O Instituto Alana requereu o imediato julgamento do feito com o decreto de improcedência dos pedidos iniciais (fls. 709/720).

Foi indeferido o pedido de reconsideração. No mais, foi determinado o desentranhamento do documentos acostado pelo Instituto Alana após o encerramento da instrução (fl. 873).

O Juízo determinou que os documentos de fls. 888/914 sejam tornados sem efeito (fls. 943/944).

A autora solicitou a retificação do polo ativo da demanda e insistiu na produção de prova pericial (fls. 950/952).

Os autos vieram conclusos.

É o relatório do essencial.

Fundamento e decido.

Retifique-se o polo ativo para que conste a atual denominação da autora:

Zamp S.A.

A prova pericial já foi indeferida pela decisão de fls. 697, tratando-se, portanto, de matéria preclusa.

Dito isso, é caso de julgamento maduro e integral da lide.

Não há preliminares pendentes de análise, motivo pelo qual passo diretamente ao exame do mérito.



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

A parte autora se insurge contra o Processo Administrativo nº 3219/2019, no bojo do qual foi sancionada por supostamente ter realizado publicidade abusiva destinada ao público infantil, infringindo o artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Pois bem. O Código de Defesa do Consumidor veda que as empresas façam propagandas abusivas, conceituando como abusiva aquela que se vale da deficiência de julgamento e experiência de crianças, *in verbis*:

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.

Por se tratar de um conceito amplo, buscou-se por meio de normas regulamentares especificar a situação da abusividade da publicidade relativa à preocupação com a pessoa humana em desenvolvimento, tais como a Resolução nº 163/2014 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), que estabelece como abusiva a prática de direcionamento de publicidade ou comunicação mercadológica à criança com intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, nos termos do artigo 2º. *In verbis*:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e**
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

A autora foi autuada por "*promover publicidade abusiva ao público infantil, dada a condição de hipervulnerabilidade das crianças, por conta da fase peculiar de desenvolvimento em que se encontram e por não compreenderem o caráter persuasivo da publicidade, uma vez que não conseguem ainda fazer uma análise crítica sobre o seu caráter comercial, bem como por direcionar ao público infantil publicidade de alimentos, especialmente daqueles com baixo valor nutricional, acompanhados de brindes (brinquedos de pelúcia – EMOJIS) colecionáveis, publicidade esta que deve ser considerada especialmente abusiva, por violar também direito à saúde da criança e estimulá-las a adotar comportamento de consumo que coloque em risco a sua saúde e segurança*" (fl. 71).

No caso dos autos, a autora fundamenta sua irrisignação, em resumo, em supostas irregularidades formais do procedimento administrativo, bem como na regularidade da sua conduta.

Sem razão, porém.

De proêmio, anoto que o auto de infração teve trâmite adequado, permitindo à autora ciência de todas as normas violadas que culminaram na autuação. Por sua vez, o processo administrativo que se originou do auto de infração foi regular, atendendo aos ditames legais e constitucionais.

Registro que à autora foram garantidos a ampla defesa e o contraditório, assim como o devido processo legal, de modo que foi possível apresentar defesa em face de todas as decisões administrativas. Conforme comprova a documentação acostada aos autos, a decisão que manteve o auto de infração (fl. 229) adotou como razões de decidir manifestação técnica da assessoria jurídica (fls. 219/227), que, por sua vez, expôs todas as razões de fato e de direito para



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

concluir pela subsistência do auto de infração.

A motivação da decisão foi a descrição da conduta com a indicação das normas violadas. As condutas infracionais estão consubstanciadas em provas legais e suficientes a demonstrar a conduta infracional da autora. No mais, os critérios empregados para o cálculo da penalidade foram expostos na manifestação técnica.

No mesmo sentido, o auto de infração foi devidamente motivado, apresentando as razões que ensejaram a aplicação da penalidade, tanto é que a autora logrou apresentar defesa consistente com os fatos que motivaram a lavratura da infração.

No mais, o fato de o pedido de produção de prova oral não ter sido analisado no procedimento administrativo não implica sua nulidade, pois, além de a prova não ser pertinente no caso em exame, não vislumbro prejuízo concreto à parte, o que impossibilita a decretação de nulidade do procedimento, em observância ao princípio "*Pas de nullité sans grief*"

Nesse sentido, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO – Embargos à Execução – Multa administrativa não tributária imposta pelo Departamento de Proteção ao Consumidor de Campinas – Procon – Alegada nulidade das CDAs e cerceamento de defesa – Inocorrência – Presentes os requisitos do art. 2º, § 5º da Lei 6.830/80 e art. 202 do CTN – Ausência de comprovação de prejuízo quanto ao exercício do contraditório e da ampla defesa – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1018017-84.2021.8.26.0405; Relator (a): Adriana Carvalho; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2022; Data de Registro: 04/08/2022)

Portanto, formalmente não vislumbro vício no auto de infração e no processo administrativo que confirmou a sanção.

Melhor sorte não assiste à autora ao alegar a não ocorrência da infração, sob o argumento de que a publicidade não seria destinada ao público infantil.



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

Acerca dessa questão, importa delimitar, de início, que o "Combo King Jr.", objeto da campanha publicitária, é destinado especialmente ao público infantil, conforme se extrai dos panfletos acostados às fls. 111/112.

Ademais, independentemente da discussão acerca do acesso ou não de crianças às redes sociais, fato é que os *emojis* há muito tempo já ultrapassaram as barreiras dos aplicativos de comunicação social e se encontram atualmente presentes em nossa cultura, sendo utilizados frequentemente em programas de TV, decorações, filmes e desenhos, o que implica reconhecer o seu ingresso definitivo no universo lúdico infantil.

Portanto, o fato de as pelúcias colecionáveis terem forma de *emojis* não implica reconhecer a sua destinação apenas para adultos, muito pelo contrário.

Não obstante, anoto que, segundo a própria autora afirma, as peças publicitárias foram veiculadas em canais destinados ao público infantil, tais como Cartoon Network, Nickelodeon e Gloob (fl. 17). O fato de sua veiculação ter ocorrido supostamente em horários em que o público infantil seja inferior a 50% não tem o condão de alterar a presente conclusão, notadamente diante dos outros elementos já elencados que demonstram a destinação da propaganda ao público infantil.

Assim, diante de todos os fatos elencados, entendo como correto o auto de infração tal como lavrado pela autoridade, pois a publicidade tinha como objeto a venda de produto destinado à crianças, foi veiculado em canais infantis e oferecia artigo colecionável com forte apelo entre crianças.

O Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre o tema da publicidade infantil e concluiu ser abusiva a publicidade que manipulava o universo lúdico infantil. Confira-se:

“É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

COMARCA DE de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).” (Resp 1558086, min. Rel. Herman Benjamin)

Passo à análise da alegação subsidiária de abusividade da multa imposta

Nesse tocante, a autora alega, em suma, a desproporcionalidade da multa aplicada, porquanto o seu cálculo consideraria apenas o porte econômico do fornecedor, em flagrante detrimento aos demais parâmetros de gradação da multa previstos no artigo 57 do CDC, quais sejam: gravidade da infração e vantagem auferida.

Afirma, ainda, que a consideração de suposta receita bruta em todo território nacional dá margens a penalidades em duplicidade.

De início, importa decidir que o montante estabelecido não deriva do capricho da Administração Pública, mas da incidência de impessoais, prévias e abstratas normas. Normas essas que estão previstas validamente nos parâmetros fornecidos pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 57. Cabe ressaltar, outrossim, que o intuito do legislador em aplicar a penalidade de multa é inibir a reiteração dos abusos constatados.

Diz o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor que a pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. A penalidade será aplicada mediante procedimento administrativo e reverterá 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.

Contudo, não obstante o acerto em relação à metodologia de cálculo aplicada, assiste razão à autora quanto ao equívoco da parte ré ao utilizar seu faturamento bruto mensal nacional como parâmetro para obtenção dos valores da pena-base das infrações.

Isso porque a base de cálculo deve ser o faturamento da empresa no âmbito do território de São Paulo, área de atuação da autarquia ré, sob pena de *bis in idem* com a atuação de



Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
COMARCA DE de SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

outros entes estaduais de igual competência.

Assim, o valor da multa dever ser recalculado tendo como base de cálculo apenas o faturamento das unidades localizadas no Estado de São Paulo.

Ante ao exposto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido, com fundamento no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, para que a requerida recalcule o valor da multa imposta, tomando por base a estimativa de receita da empresa considerando o Estado de São Paulo.

Custas e despesas *ex lege*, a serem devidas entre as partes conforme a sucumbência de cada uma, nos mesmos termos da repartição dos honorários advocatícios.

Pela sucumbência recíproca, a autora arcará com honorários que fixo no mínimo de cada uma das faixas do §3º, tendo como parâmetro o valor que restar da multa após o recálculo. A ré, por sua vez, arcará com honorários que também fixados no mínimo de cada uma das faixas do §3º, tendo como base de cálculo a diferença entre o valor cobrado inicialmente e o obtido após o recálculo.

PIC

São Paulo, 10 de agosto de 2022.

Fausto Dalmaschio Ferreira
Juiz(a) de Direito
Documento Assinado Digitalmente