



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000135792

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0044517-82.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DR. OETKER BRASIL LTDA, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz que declarará voto, e prosseguiram o julgamento nos termos do art. 942 do Novo CPC com a participação dos Desembargadores Teresa Ramos Marques e Paulo Galizia que acompanharam a maioria.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), TORRES DE CARVALHO, ANTONIO CARLOS VILLEN, TERESA RAMOS MARQUES E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 6 de março de 2017.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 0044517-82.2010.8.26.0053

Apelante: Dr. Oetker Brasil Ltda

Apelado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/sp

Comarca: São Paulo

VOTO N. 9643/16

Nulidade de auto de infração. PROCON. Propaganda abusiva. Publicidade direcionada a crianças. Incentivo ao consumo excessivo de guloseimas. Infração ao art. 37, § 2º, do CDC caracterizada. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido.

V I S T O S .

Contra sentença que julgou improcedente ação de nulidade de autuação administrativa e de imposição de multa (fls. 1127/1131 e 1136/1139) apelou a autora (fls. 1.145-1.165) alegando que deve ser decretada a nulidade do auto de infração n. 1636 ou, subsidiariamente, reduzido o valor da multa aplicada para 200 UFIR's; afirmou que promoções do tipo “junte e troque” são legais, que a publicidade, por si só, não estimula o consumo exagerado de produtos por ela produzidos, que crianças não têm autonomia ou capacidade econômica para adquirir nenhum produto e que não há consumo excessivo de guloseimas por crianças no anúncio publicitário; anotou que era possível a obtenção das mochilas sem aquisição dos produtos, nos termos do Regulamento da promoção, que a publicidade não se encaixa em nenhuma das hipóteses do art. 37, § 2º, do CDC, que a abusividade só se configura em situações extremas e que existem diversas promoções similares; acrescentou que a capacidade da publicidade de estimular o consumo não pode ser confundida com a “irresistibilidade” e que a publicidade é protegida pela liberdade de expressão. Houve contrarrazões às fls. 1.186-1.197 defendendo a sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada por DR. OETKER BRASIL LTDA. para anular o auto de infração n. 1636, imposto pelo PROCON-SP. Narrou que foi autuada com imposição de multa no valor de R\$ 105.493,33 (cento e cinco



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos) por ter veiculado propaganda considerada abusiva, nos termos do art. 37, § 2º do CDC. A propaganda que foi considerada abusiva é a “Promoção Zoobremesas”, veiculada entre 16.09.2008 e 22.11.2008, direcionada ao público infantil e que permitia a troca de cinco códigos de barra de produtos da fabricante, mais R\$ 7,99 (sete reais e noventa e nove centavos) por mochilas em forma de animais.

Em que pese o fato de que o regulamento da promoção (fls. 490-493) permite (cláusula 17), a aquisição das mochilas diretamente, sem aquisição de produtos fabricados pela autora, o auto de infração que se pretende anular tem como foco o “spot” televisivo, motivo pelo qual deve ser analisada a subsunção a alguma das hipóteses do art. 37, § 2º, do CDC, fundamento legal para a imposição de multa.

Da leitura do processo administrativo e dos argumentos trazidos aos autos pela ré verifica-se que a propaganda foi considerada abusiva por se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança e induzi-la a se comportar de forma prejudicial à sua saúde. A legalidade do auto de infração depende da subsunção da propaganda televisiva (juntada no formato DVD (fls. 923) à conduta considerada abusiva.

Logo no início do comercial, de 0:02 a 0:07, vê-se que os participantes são crianças, deixando claro que a propaganda é direcionada ao público infantil. Essas crianças estão em uma selva tropical e encontram um templo abandonado. Ao entrar (0:07-0:11), se deparam com uma mesa repleta de guloseimas fabricadas pela autora e escutam uma voz, atribuível a alguma entidade protetora do templo, que diz: “Podem comer, mas nada sai do templo”. De 0:11 a 0:13, vê-se as crianças comendo as guloseimas da mesa com expressões de satisfação e deleite. As crianças são então lembradas (0:13-0:17) pela voz de que “nada pode sair” e a expressão em seus rostos passa a ser de tristeza e decepção. É nesse momento que elas se entreolham (0:17-0:22) e decidem burlar a proibição. Viram, então, de costas para que suas mochilas, transfiguradas em animais, se encham das guloseimas. As crianças, por fim, saem do templo felizes e com as



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mochilas, que voltaram ao normal, cheias de guloseimas.

Embora as crianças não tenham sido mostradas, como aponta a apelante, comendo em quantidade excessiva, o estímulo ao consumo excessivo, prejudicial à saúde, é claro. As crianças ficam felizes ao se depararem com uma mesa repleta de doces, tristes ao serem lembradas de que não poderão comer tudo e felizes de novo ao ludibriar o “guardião” do templo e sair com suas mochilas repletas de doces. Essa sequência é inequívoca no estímulo ao excesso.

Não é o tipo de promoção (“junte e troque”) que é abusivo, mas o próprio vídeo publicitário, e é irrelevante que as crianças não possam, por si, adquirir os produtos. Tamanhos são os efeitos nocivos do direcionamento da publicidade que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculado à Secretaria dos Direitos Humanos expediu, em 2014, a Resolução nº 163, que considera abusiva toda propaganda direcionada a crianças.

Por fim, a liberdade de expressão, assim como outros direitos garantidos no art. 5º da CF/88, não é absoluta e deve se conformar às demais garantias constitucionais. Daí a possibilidade de aplicar sanções em caso de veiculação de propaganda abusiva.

A fim de disponibilizar as vias especial e extraordinária, consideram-se prequestionados os dispositivos constitucionais e legais invocados, aos quais não se contrariou nem se negou vigência.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
RELATOR