PROCON/ES
FLS. N: 307
Nº Proc.: 70582351

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INSTITUTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/ES

DECISÃO ADMINISTRATIVA – GRAU RECURSAL
RECORRENTE: PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A
CNPJ Nº 59.476.770/0022-82
PROCESSO Nº 0115.021.726-2

1- DO RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto por **PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A** em face da decisão administrativa proferida pela Diretoria Jurídica do PROCON/ES, que entendeu pela procedência do Auto de infração de nº 0308-D lavrado pela fiscalização, concluindo que restou configurado o descumprimento da legislação consumerista, cabendo a este Instituto, em conformidade com a previsão legal do art. 18, inciso I do Decreto Federal 2.181/97, a aplicação de sanção, na modalidade multa, no montante de 3.317 (três mil, trezentos e dezessete) VRTE.

Em síntese, temos que o caso embasador da decisão de piso, refere-se à ação deste Instituto Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor ante denúncia encaminhada a este órgão, pelo Instituto Alana, em face da PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A, referente ao produto DURACELL.

Por conseguinte, em 22/05/2015 foi registrada uma reclamação, objetivando a apuração de práticas infrativas perpetradas pelo Fornecedor supra descrito no que tange a publicidade abusiva, veiculada em canais de mídia, como TV e Internet, cuja tônica girou sobre o estímulo à aquisição de pilhas da marca Duracell "a qual garantiria maior durabilidade na utilização de brinquedos dependente de pilhagem".

EEPC

PROCON/ES
FLS. Nº 308
Nº Proc.. 70582351
R.:

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INSTITUTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/ES

Ante o exposto, foi lavrado o Auto de Infração acima mencionado, sendo a cópia encaminhada, via AR, ao Fornecedor, dando-lhe ciência dos atos infracionais, bem como do prazo de 10 (dez) dias para promover a impugnação/defesa escrita.

Julgando os fatos narrados, bem como a defesa escrita, concluiu o Departamento Jurídico deste Órgão de Defesa do Consumidor pela caracterização de infração por descumprimento aos artigos 6°, III, 37, §2° e 39, ICV da Lei Federal 8.078/90 e 12, V do Decreto Federal 2181/97.

Notificada da decisão de piso, a Autuada interpôs recurso administrativo, aduzindo que fora notificada em razão do arbitramento de multa, por fatos classificados como infração às leis acima mencionadas, o que considerou indevido pelos fatos e fundamentos que se seguem.

Incialmente a Recorrente obtemperou pela tempestividade do recurso, nos termos do Art. 49 do Decreto Federal 2181/97 c/c Art. 11, inciso III da Lei Complementar Estadual 373/2006.

Após breve síntese, aduziu que conforme amplamente já demonstrado, não teria cometido qualquer irregularidade ou violação a legislação consumerista por suposta abusividade, tendo como alvo as crianças.

Alegou em suas razões pela inexistência de questão coletiva capaz de ensejar a intervenção do PROCON/ES, sendo este um órgão voltado para tutela dos direitos transindividuais.

EEPC

PROCON/ES
FLS. N: 309
Nº Proc.: 10582351
Rubrica

Aduziu que no caso em tela o Auto de Infração estaria fundado em uma única reclamação do Instituto Alana, o qual não teria impacto coletivo.

Argumentou que não haveria ilicitude per se de publicidade, ainda que dirigida ao público infantil.

Assegurou que no Brasil haveria liberdade de fazer e ou veicular marcas e produtos por proteção constitucional, segundo o art. 170, *caput*, parágrafo único e inciso IV, livre iniciativa e livre concorrência e princípio da liberdade de expressão, conforme o art. 5°, IX e 220, todos da CF/88.

Asseverou que por expressa disposição constitucional, qualquer restrição à liberdade publicitária somente poderia ser feita mediante edição de lei federal.

Ressaltou que o CONAR, organizado pela própria indústria teria trazido parâmetros rigorosos e objetivos à publicidade (art. 33 a 37 e Anexos H e P), os quais estariam sendo seguidos pelas empresas.

Realçou que a campanha pilhados veiculada pela DUTRACELL seria uma publicidade lícita e veiculada apenas na internet para ilustrar sua funcionalidade com maior durabilidade.

Concluindo alegou que a DURACELL teria adquirido a subsidiária de baterias da PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S.A constituindo empresa totalmente desvinculada da P&G.

É o relatório, passo a decidir

EEPC

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INSTITUTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/ES

Inicialmente, importa-nos trazer à luz que a Administração Pública é regida por princípios constitucionais previsto no artigo 37 da CF/88, o qual dispõe, *in verbis:*

> *Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e,...*

No caso em comento, cabe-nos destacar o Princípio da Legalidade, ao qual a Administração Pública, no caso concreto o PROCON/ES, estará sempre adstrito, ou seja, em qualquer de suas atividades estará estritamente vinculado à lei. Assim, se não houver previsão legal, nada pode ser feito, pois enquanto no princípio genérico, a pessoa pode fazer de tudo, exceto o que a lei proíbe, no princípio específico não basta que a lei não proíba, posta a necessidade de ser por ela autorizado a agir, sob pena de cometer ilegalidade, estando, portanto, engessada, na ausência de tal previsão.

Por conseguinte, insta-nos registrar que o art. 8° da Instrução de Serviço n° 074/2009, alterou o art. 8° da IS 020/2008, estabelecendo que *"as petições poderão ser encaminhadas por via postal, sendo consideradas para efeito de prazo, as datas de protocolo no setor competente deste Instituto, ou, por fax, neste caso, devendo o original da petição ser protocolizado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data do envio"*, ou seja, o prazo recursal não é contado pela data da postagem, e sim conforme os termos acima expostos.

EEPC

PROCON/ES
FLS. N: 311
Nº Proc.: 70582351
Rº:

Ante o esclarecimento, cumpre-nos o acolhimento do presente recurso, no efeito suspensivo, em estrita observância às determinações do Parágrafo Único do art. 49 do Decreto Federal 2.181/97, posta sua tempestividade, vez que o recurso foi protocolado no setor competente, no prazo legal.

> ***Art. 49*** *Das decisões da autoridade competente do órgão público que aplicou a sanção caberá recurso, sem efeito suspensivo,* ***no prazo de 10 (dez) dias, contados da data da intimação da decisão, a seu superior hierárquico****, que proferirá decisão definitiva.*
>
> ***Parágrafo Único*** *– No caso de aplicação de multas, o recurso será recebido,* ***com o efeito suspensivo****, pela autoridade superior.* ***(grifo nosso)***

Posto isso, temos que a Recorrente, inconformada com o deslinde processual se insurgiu conta a decisão de piso, alegando após breve síntese, que conforme amplamente já havia demonstrado, não havia cometido qualquer irregularidade ou violação a legislação consumerista por suposta abusividade, tendo como alvo as crianças.

Inobstante tais argumentos é importante esclarecer que a legislação consumerista definiu *o consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.* Ou seja, é consumidor quem utiliza, independentemente de quem adquiriu o produto.

Também importa frisar que o Código de Defesa do Consumidor tutela o vulnerável, ou seja, aquele que não dispõe de controle sobre os bens

PROCON/ES
FLS. Nº: 312
Nº Proc.: 70582351
Rubrica:

de produção, já que este se submete ao controle dos titulares de bens de produção, qual seja, os empresários. Logo a vulnerabilidade presente na relação entre as partes, justifica a existência da Lei 8.078/90.

Ressalte-se ainda que o art. 6° da CDC traz elencados no seu bojo de forma exemplificativa, os direitos básicos dos consumidores, haja vista que possuem um sem números de outros direitos especificados pelo legislador, o que certamente não os impede de existir nem seus detentores de busca-los quer seja administrativamente ou juridicamente.

Conjuntamente importa esclarecer que o legislador, objetivando resguardar e proteger o direito do vulnerável, mui sabiamente, cuidou de proibir duas formas de publicidade; a enganosa e a abusiva, art. 37 do CDC.

Ora, no caso em comento, enquanto a publicidade enganosa é capaz de induzir o consumidor a erro, a publicidade abusiva é capaz de ferir a vulnerabilidade do consumidor, podendo, até mesmo que verdadeira, ofender os valores básicos da sociedade. Logo, o §2° do supramencionado artigo elenca, também de forma exemplificativa, uma série de publicidades abusivas que apresentem alguma forma de discriminação, que incitem a violência, que explorem medo, a superstição e que aproveitem da hipossuficiência da criança, sendo inadmissíveis anúncios que causem em crianças um sentimento de inferioridade, caso não adquiram ou não possam adquirir um determinado produto ou serviço ou que estimulem a criança a constranger pais e responsáveis para comprar determinado produto ou serviço.

EEPC

PROCON/ES
FLS. Nº: 313
Nº Proc.: 30582351
Rubrica

Quanto a alegação de inexistência de questão coletiva capaz de ensejar a intervenção do PROCON/ES, sendo este um órgão voltado para tutela dos direitos transindividuais, importa-nos esclarecer que o PROCON/ES foi criado pela Lei Complementar Estadual 373/2006, *como autarquia integrante da administração indireta, com personalidade jurídica de direito público interno, com autonomia técnica, administrativa e financeira, vinculado à SEJUS, a quem caberá a aplicação das decisões do CONDECON e o gerenciamento de todo o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, bem como a presidência do CINDEC, sendo que para os efeitos desta Lei Complementar a expressão "Instituto Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor" e a sigla PROCON-ES se equivalem.*

Vale ressaltar que a competência do PROCON/ES está prevista no art. 8°, incisos I ao XXVI da mesma lei, dos quais destacamos, *III - receber, analisar, avaliar, apurar e encaminhar consultas, denúncias e sugestões apresentadas por consumidores e entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; VIII - fiscalizar, autuar e aplicar sanções administrativas na forma da legislação pertinente à proteção e defesa do consumidor, aos responsáveis por condutas que violem as normas protetivas das relações de consumo, bem como fiscalizar preços, abastecimento, qualidade, quantidade, origem, características, composição, garantia, prazos de validade e segurança de produtos e serviços, dentre outros;*

Quanto ao argumento de que não haveria ilicitude por si mesmo de publicidade, ainda que dirigida ao público infantil, temos que não se sustenta, considerando que no caso em comento a publicidade visou o vulnerável, posto o encantamento das crianças em relação aos animais de maneira geral (coelho) capazes de interagir com elas.

No caso em tela, fls. 04/11, as imagens acostadas na reclamação e repetidas pela Recorrente são referentes a brinquedos, fls. 302, ou

seja, são dirigidas às crianças, aos hipossuficientes.

Sem dúvidas há de ser registrado que o coelho Duracell existe desde 1973. Porém, há de ser realçado que à época não se pensava sequer em uma legislação capaz de proteger o Consumidor (hipossuficiente), embora este último já existisse desde a era industrial.

Dúvidas também não restam quanto ao trabalho/desafio hercúleo desempenhado pelos Órgãos de Defesa dos Consumidores na incansável e diuturna luta pelos direitos consumeristas, mas que ainda se defronta com as situações que deram azo a esta reclamação.

Quanto ao argumento de que no Brasil haveria liberdade de fazer e ou veicular marcas e produtos por proteção constitucional, segundo o art. 170, *caput*, parágrafo único e inciso IV, livre iniciativa e livre concorrência e princípio da liberdade de expressão, conforme o art. 5°, IX e 220, todos da CF/88, não vislumbro qualquer originalidade em tal afirmação. Porém, há de ser respeitado o equilíbrio dos direitos constitucional onde uns não se sobrepõem aos outros, vez que o Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal 8.078/90, existe por disposição constitucional estampado no art. 5°, XXXII, posta a inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental.

Por conseguinte, não cabe ao PROCON/ES imiscuir-se no que tange às regras estabelecidas pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, organizado pela própria indústria, porém tal autonomia concedida não autoriza o descumprimento da legislação consumerista.

Posto isso, considerando toda a documentação carreada aos autos, julgo configurado o desrespeito da Recorrente aos artigos de leis supra

PROCON/ES
FLS. N: 315
Nº Proc.: 7058.2351
R.:

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INSTITUTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/ES

elencados, conforme entendimento do Julgador de piso, razão pela qual, **MANTENHO A DECISÃO DE PISO.** Entretanto, considerando a procedência do pedido de alteração da classificação do Grupo II para Grupo I do anexo I da Instrução de Serviço 019/2008, refaço a dosimetria da multa nos termos do art. 5° da IS 019/2008, restando ao final a multa para o montante de 3.317 (três mil, trezentos e dezessete) VRTE, correspondente ao valor monetariamente atualizado de R$ 10.569,62 (dez mil, quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e dois centavos), cujo pagamento deverá ser efetuado no prazo de até 30 dias a contar do recebimento do AR, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado.

Notifique-se, pois, a Recorrente para que efetue o pagamento da multa no prazo avençado, ciente de que, caso assim não proceda, será efetuada por este Instituto, a inscrição em Dívida Ativa, nos termos da legislação vigente.

Publique-se. Registre-se.

Vitória, 25 de julho de 2017

DENIZE IZAITA PINTO

DIRETORA PRESIDENTE DO PROCON/ES

Denize Izaita Pinto
Diretora Presidente
Nº. Funcional 2835746
PROCON/ES

EEPC