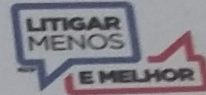




PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO



Apelação 0010824-73.2011.8.26.0053

A FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP, com fulcro no artigo 541 do Código de Processo Civil e artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, vem interpor RECURSO ESPECIAL nos autos do processo em epígrafe movido por PEPSICO DO BRASIL LTDA, face do v. acórdão de fls., por violação ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, o que faz com esteio nas anexas razões, requerendo seu recebimento e regular processamento.

Termos em que,
P. deferimento.

São Paulo, quinta-feira, 3 de dezembro de 2015.

MB
MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

Rua Barra Funda, 930, 1º andar, São Paulo - SP - CEP 01152-000, São Paulo-SP
2012.01.000270

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO - 12/17 2015, 07/12/2015 - 01/11



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Eméritos julgadores:

Colenda Turma:

1. SÍNTESE DO PROCESSO

Cuidam os autos de ação anulatória de auto de infração lavrado pela recorrente por ter a recorrida violado o disposto no § 2º, do 37, do Código de Defesa do Consumidor.

O auto de infração foi lavrado em virtude de anúncio publicitário, tipificado como sendo publicidade abusiva pois se aproveitava da deficiência de julgamento e de experiência do público infantil ao estimular a venda e o consumo excessivo de produto mediante a oferta de brindes. No caso tratava-se do salgadinho cheetos, cuja embalagem destacava a existência de brindes colecionáveis (chaveiros, adesivos, pingentes para celulares, etc) com motivos de personagens do universo infantil: Homem-aranha, Hello Kitty e Funki-Punky.

A infração motivou a imposição de multa no valor de R\$ 305.493,33 (trezentos e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), já com redução de 1/3 (um terço) em virtude da aplicação da circunstância atenuante da primariedade, consoante arts. 56, inciso I e 57 § único, do CDC.

Rua Barra Funda, 930, 1º andar, São Paulo - SP - CEP 01152-000, São Paulo-SP
2012.01.000270



684
P

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

A recorrida requereu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a inscrição da multa na Dívida Ativa, sob o enredo do dano irreparável, diante da possível execução e do lançamento dos seus dados no CADIN.

Requereu, por fim, a procedência da ação, com a anulação do processo administrativo e, consequentemente da multa imposta, ou, alternativamente a redução do seu valor.

O pedido de tutela antecipada foi deferido pelo MM. Juízo de primeiro grau por entender presentes os requisitos do art. 273 do CPC, decisão que foi objeto de agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento.

A ação foi julgada procedente.

O r. sentença concluiu que a publicidade não se revestiu de abusividade:

No entanto, cabe neste caso reproduzir, por amoldável à espécie, precedente da Colenda 7ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra do eminente Desembargador Sousa Lima, sobre o tema ora versado, sendo adotado como razão de decidir, passando a fazer parte integrante da presente sentença. In verbis:

"Ocorre a chamada 'venda casada' vedada pelo Código de Defesa do Consumidor quando o vendedor exige que o consumidor, para adquirir um produto ou serviço, tenha, obrigatoriamente, de adquirir outro produto ou serviço. RIZZATO NUNES relaciona alguns tipos de venda casada: 1) o do banco, que só fornece crédito se o cliente contratar algum tipo de seguro; 2) o do dono do bar, que só fornece bebida se o freguês comprar um prato de acompanhamento (capturado no site 'terramagazine.terra.com.br'). Outros exemplos de venda casada: 1) o das concessionárias de veículos, que obrigam a contratação de seguro em sua empresa; 2) o das agências de viagem, que condicionam a liberação de cheques de viagem à contratação de seguro; 3) o dos provedores de Internet, que oferecem conexão rápida, mas com a contratação de um segundo provedor de acesso; 4) o das escolas, que exigem exclusividade para a compra de material escolar (capturado no site 'proteste.org.br')."



685
6

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND . PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Considerando estes exemplos, verifica-se que o fornecimento dos minúsculos chaveirinhos exibidos a fls. 568, dentro das embalagens dos salgadinhos vendidos pela ré, longe está de configurar a venda casada proibida pelo ordenamento jurídico. Esses chaveirinhos, aliás, sem nenhum valor comercial, receberam, na decisão judicial noticiada a fls. 776, ajusta definição de 'absolutamente ridículos', 'algo de valor irrisório', 'bagatela'.

Constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não ao público infantil. Tome-se, como exemplo, as figurinhas de jogadores de futebol, que antigamente eram comercializadas juntamente com balas de caramelo, isso sem contar, mais recentemente, com a propaganda feita por outras empresas de renome, como a Nestlé, a Sadia, a Bauducco (fls. 660/680).

Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos salgadinhos, mas essa prática não configura venda casada nem é proibida por não constituir publicidade enganosa ou abusiva, segundo a definição do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, não se trata de publicidade falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro, pois ele sabe que está adquirindo um produto bem conhecido no mercado com características próprias e indicadas na embalagem. Depois, não tem ela natureza discriminatória, não incita a violência, não explora o medo ou a superstição e não desrespeita valores ambientais.

O que acontece com o produto da ré também ocorre com a quase totalidade dos produtos alimentícios industrializados, que são ricos em substâncias que, ingeridas sem controle, são nocivas à saúde, como, por exemplo, as gorduras saturadas, a gordura trans, o sódio e as essências e colorantes artificiais. É o que acontece, por exemplo, com as sopas preparadas, com as carnes enlatadas, com os embutidos, com os biscoitos crocantes e com os salgadinhos de todo tipo.

Providências têm sido tomadas pelas autoridades sanitárias para a redução desses componentes nocivos, o que tem produzido alguns resultados satisfatórios, mas, em relação às crianças, nada substitui a orientação e a autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil.

Assim, condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento, sem contar que isso não foi objeto de pedido expresso formulado na peça vestibular.

A improcedência da ação, portanto, é de rigor.
Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso." (Apelação nº 990.10.282755-0, j. em 01.12.2010 g.n.).

Então, a divulgação da promoção "Cheetos com Surpresa", objeto da referida autuação, já teve sua legalidade aferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo conforme a Apelação supramencionada tendo sido afastada a alegação de publicidade enganosa e de venda casada.

Outrossim, como dito, a situação trazida à baila não se enquadra na tipicidade instituída no § 2º, do artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se apenas de estratégia de marketing com vistas ao incremento das vendas (fls. 97/113), fato este que não é proibido.

(...)
Denota-se das provas acostadas aos autos (fls. 23/383), que essas recomendações pertinentes ao anúncio dirigido à criança e ao jovem foram respeitadas no caso em tela, tendo tido inclusive prazo certo de duração, com o fim de evitar a associação do produto "Elma Chips" aos brindes oferecidos pela publicidade.



686
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

Ademais, as práticas de promoções de produtos comercializados atrelados a brindes são reconhecidas no mercado em geral e encontram respaldo no próprio instituto da livre concorrência e da livre iniciativa. Por derradeiro, ressalta-se que não houve consumo excessivo do produto ora versado, pois o "salgadinho 'Cheetos' tinha um share (anglicismo para participação de mercado) de 23% até o início da promoção 'Cheetos com Surpresa', quando o share caiu para 22%, de 23% de mercado no último mês da venda dos brindes." Conclui-se, então, que a "a promoção 'Cheetos com Surpresa' não foi um sucesso estrondoso de venda em razão dos brindes ali ofertados (...)" (fls. 501/502). Dessa maneira, com amparo em dispositivo infraconstitucional e entendimento jurisprudencial, a demanda objeto possui assento normativo formal característico de sua viabilidade.

A recorrente interpôs recurso de apelação para buscar a reforma da sentença e ver julgado subsistente o auto de infração e a multa imposta, ou caso não fosse este o entendimento da Turma julgadora, que fosse ao menos reduzido os honorários advocatícios fixados em quinze mil reais.

A 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento em parte ao recurso de apelação tão somente para reduzir os honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Quanto à abusividade da publicidade promovida pela recorrida, o v. acórdão pontuou:

"(...)
Embora a ênfase do julgado proferido pela Sétima Câmara de Direito Privado do TJSP, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Pepsico, tenha ênfase na questão da "venda casada", resta evidente que serve de fundamento para o desfecho da presente ação, até porque o conteúdo do Acórdão proferido pelo l. Relator Souza Lima, aponta que os "minúsculos chaveirinhos, exibidos a fls. 568, dentro das embalagens de salgadinhos vendidos pela ré (...) constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não ao público infantil (...) Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos salgadinhos, mas essa prática não configura venda casada nem é proibida por não constituir publicidade enganosa ou abusiva, segundo a definição do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor" (Acórdão nº 990.10.282755-0, São Paulo, julgado em 01 de dezembro de 2010).



687
P

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

No caso destes autos, só restaria justificada a manutenção do auto de infração caso restasse demonstrado que a publicidade era abusiva, aproveitando-se a empresa da deficiência de julgamento e experiência da criança, bem como induzimento do público-alvo "de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança". Pois bem, é certo que o marketing das empresas visa ao incremento das vendas e, em muitas situações, é realizado de forma impetuosa. Há um campo subjetivo de avaliação dessa abusividade, que deve conter a ideia de aproveitamento da deficiência de julgamento da criança, associado a um comportamento prejudicial à saúde.

(...)
A presente ação deve ser analisada sob o enfoque do seu objeto que é o auto de infração constante de fls. 47/48. A improcedência não decorre da existência de outras promoções ou empresas que se utilizam do mesmo expediente, mas da ausência de comprovação de publicidade abusiva neste caso específico. Vale dizer que cada ação de marketing ou campanha de publicidade apresenta características próprias, não cabendo acolher o pedido da autora pela existência de outras publicidades similares. No caso em tela, restrito ao auto de infração nº 3222, a apelante não demonstra que houve uma compra desenfreada de salgadinhos e tampouco demonstra que a ação de marketing, ou publicidade, induziu em erro os consumidores. Assim, a sentença deve ser mantida pela não demonstração de ofensa ao consumidor hipossuficiente." (g.n.)

Houve a oposição de embargos declaratórios, os quais foram acolhidos em parte sem efeito modificativo quanto à decisão.

2. DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO ESPECIAL

Passa-se a demonstrar o cabimento do recurso interposto, nos termos do art. 541 do CPC.

Inicialmente, frise-se que se pretende desse Colendo Superior Tribunal de Justiça é o pronunciamento acerca de questão unicamente de direito, não sendo necessária a análise da questão fática posta nos autos.

Os fatos são incontroversos: a recorrida promoveu a venda de salgadinhos associada à oferta de brindes colecionáveis dirigido ao público infantil (chaveiros, adesivo, pingentes, etc), ostentando frases nas embalagens dos próprios produtos.



688
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

Tanto na sentença, quanto no acórdão recorrido,
o fato ficou devidamente comprovado.

A questão que se coloca para esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, e devidamente debatida pelo Tribunal *a quo*, é a seguinte: À LUZ DO ARTIGO 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, A PROMOÇÃO DE PRODUTO DIRIGIDA À CRIANÇA MEDIANTE A OFERTA DE BRINDES, COLECIONÁVEIS, COM MOTIVOS DE PERSONAGENS DO UNIVERSO INFANTIL CONSTITUI ESPÉCIE DE PUBLICIDADE ABUSIVA QUE SE APROVEITA DA DEFICIÊNCIA DE JULGAMENTO E DE EXPERIÊNCIA DE CRIANÇAS PARA ESTIMULAR A VENDA E O CONSUMO EXCESSIVOS DO PRODUTO?

O pronunciamento que se pede é, única e exclusivamente, sobre esse ponto. Questão de direito, portanto, e que não requer o revolvimento da matéria fática.

Este Colendo Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, destacou a distinção entre o reexame de provas e a reavaliação de fatos. Notadamente, nos autos do REsp n. 1.036.178-SP, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, esta Corte Superior consignou a diferença:

(...) 1. A decisão monocrática não desrespeitou o enunciado contido na Súmula 7/STJ, porquanto apenas deu definição jurídica diversa aos fatos expressamente mencionados no acórdão do Tribunal de origem.

Com efeito, em razão do referido enunciado sumular desta Corte Superior, mostra-se inviável, no âmbito do recurso especial, reexaminar os fatos e provas dos autos, ou seja, promover uma reincursão no acervo fático probatório mediante a análise detalhada de documentos, testemunhos, contratos, perícias, dentre outros. Assim, no apelo extremo não se pode examinar mera quaestio facti ou error facti in iudicando. Todavia, o error in iudicando (inclusive, o proveniente de equívoco na valoração das provas) e o error in procedendo podem ser objeto do recurso especial.



689
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

Na hipótese, promoveu-se a reavaliação da prova e dos dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, o que não implica no vedado reexame do material de conhecimento.

A reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o Ministro Felix Fischer: "A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento" (Resp 683702/RS, QUINTA TURMA, julgado em 01.03.2005)".

Neste sentido outro precedente da Corte:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO. SÚMULA 7/STJ.
INAPLICABILIDADE. QUESTÃO DE DIREITO.
1. A mera reavaliação dos critérios jurídicos utilizados pelo Tribunal de origem na apreciação dos fatos incontroversos não é obstada pela Súmula 7/STJ (AgRg no REsp 1338350/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015).
2. Hipótese em que a questão a ser dirimida é exclusivamente de direito: saber se o fato de o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ter realizado descontos indevidos em benefício previdenciário, por erro administrativo, implica dano moral. (AgRg no REsp 1283474/RS, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 13/11/2015).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. REINTEGRAÇÃO COMO ADIDO. INCAPACIDADE PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. DESNECESSIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO APLICÁVEL AO CASO DOS AUTOS. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE PARA O SERVIÇO CASTRENSE. REFORMA EX OFFICIO. GRAU HIERÁRQUICO OCUPADO NA ATIVA. 1. O julgamento não se restringe ao que está expresso no capítulo referente aos pedidos, sendo permitido extrair da interpretação lógico-sistemática da peça inicial que se pretende obter com a demanda, o que abrange, evidentemente, a reforma do autor. 2. A reintegração do militar na condição de adido se dá apenas quando a incapacidade é temporária, o que não é o caso dos autos, pois foi reconhecida pelo Tribunal a quo a incapacidade definitivamente do agravado para a vida ativa. 3. A matéria submetida à análise não encontra limite no verbete sumular nº 7/STJ, pois inexiste a reapreciação do contexto probatório da demanda, mas tão somente a reavaliação jurídica dos elementos fáticos delineados pela Corte recorrida. 4. O militar, ainda que temporário, declarado incapaz para o serviço militar, tem direito à reforma ex officio no mesmo grau hierárquico que ocupava na ativa, por força do que dispõem os arts. 106, II e 108, III, c/c o art. 109 da Lei n. 6.880/80. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.254.227/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/05/2012) (g.n.)

O recurso é cabível, destarte, por configurada a hipótese prevista no art. 105, inciso III, letras "a", da Constituição Federal.

Rua Barra Funda, 930, 1ª andar, São Paulo - SP - CEP 01152-000, São Paulo-SP
2012.01.000270



690
6

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

O v. acórdão negou vigência ao art. 37, § 2, do CDC na medida em que considerou a oferta gratuita de brinde colecionável com motivos de personagens do universo infantil mera estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas, não se vislumbrando nesta prática medida para se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança para induzir a venda e consumo excessivo do produto.

3. DA RAZÕES DA REFORMA: CONTRARIEDADE AO ARTIGO 37, PARÁGRAFO SEGUNDO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A violação ao dispositivo do Código de Defesa do Consumidor acima reproduzido é de fácil demonstração.

A promoção "CHEETOS COM SURPRESA" foi dirigida ao público infantil como assoalha toda a comunicação mercadológica e a publicidade criada para sua divulgação.

A proteção da criança e do adolescente está prevista genericamente no art. 227, *caput* da CF/88 e de forma específica nos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

CF:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...)



695
60

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND . PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

ECA:

"Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e à juventude".

"Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

"Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento".

"Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

"Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais".

"Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

No tocante ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor determina, no seu art. 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.



692
6

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

A norma do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a autuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil, cabendo ao aplicador da norma (PROCON na esfera administrativa e o magistrado na judicial) subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida.

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, houve uma revolução na Internet e na televisão por assinatura, com o advento de canais exclusivos ao público infantil, além que já era veiculado na TV aberta.

O ambiente da mídia foi modificado e impôs ao aplicador da lei a tarefa de subsumir esta nova realidade à norma de ordem pública que proíbe a veiculação de publicidade que prevaleça da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e do adolescente.

Esta proteção especial se dá justamente porque a criança ainda está em desenvolvimento, não sendo capaz de tomar decisões ponderadas quando colocada diante de uma publicidade, que, na maioria das vezes, ela nem identifica como tal.

Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing* e, tampouco, de se defender do seu caráter persuasivo. É o que explica Noemi Friske Momberger¹:

¹ A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.



643

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND - PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

"Como as crianças não são auto-suficientes, não podem ser comparadas e tratadas da mesma forma que os outros consumidores, merecendo uma proteção especial por parte do legislador, pois não possuem condições de entender o verdadeiro objetivo da publicidade que é a persuasão do consumidor, e nem conseguem se defender da publicidade abusiva dirigida especialmente a esta categoria de consumidores que representa 32% da população brasileira. Simplesmente não se pode atribuir ou esperar que as crianças possuam a mesma capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento."

Psicólogos e educadores, ou seja, profissionais com conhecimento de causa, reiteradamente alertam sobre as consequências lesivas do modo como boa parte da publicidade direcionada ao público infantil desrespeita o desenvolvimento da criança.

A preocupação com a publicidade dirigida à criança há anos vem sendo discutida em outros países do mundo.

- Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta.
- No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos. São proibidos apelos para fazer a criança comprar por meio de proposta direta.
- Na Finlândia, é proibido usar desenhos ou crianças conhecidas.
- Na Dinamarca, o uso de personagens de televisão é proibido para publicidades dirigidas a crianças.
- Na Grécia, é proibida a publicidade de brinquedos entre 7h e 22h e não há publicidades de brinquedos de guerra.
- No Reino Unido, personalidades de programas infantis não aparecem em publicidade antes das 21h e produtos baseados em programas de televisão não são mostrados antes ou depois do programa em questão.



694
B

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos.²⁰

Vê-se, assim, que a preocupação quanto ao conteúdo da publicidade dirigida ao público infantil constitui preocupação global e referendada por profissionais das mais diversas áreas.

A esse respeito, afirma Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

"Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 344).

Numa perspectiva psicológica, leciona o professor de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de La Taille, (fls. 18-19 do PA):

"Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiram compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão". "(...) é certo que propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica". (g.n).

(...)
As crianças não têm, os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto e, portanto, não estão com condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual." (g.n).

² Reportagem da Folha on line Vitrine de 15/03/08: [HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm)



695
P

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

Conforme entendimento do supracitado professor, não há resistência moral suficiente nas crianças, como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica e elas não estão em condições de enfrentar com paridade a pressão exercida pela publicidade nas questões tangentes ao consumo. E arremata: "A LUTA É TOTALMENTE DESIGUAL".

Nessa linha, fazendo referência ao professor Yves de La Taille, o psicólogo Ricardo Moretzohn³ conclui:

"Autonomia intelectual e moral é construída paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, do ponto de vista tanto cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor realmente tem essas qualidades" (g.n). (fls. 19 dos autos do processo administrativo).

Por derradeiro, vale mencionar o documentário "Criança, a alma do negócio" o qual nos alerta sobre o quanto a manipulação por meio da publicidade por interferir negativamente no comportamento e nos valores das crianças e nos mostra a perplexidade de como no Brasil a "criança se tornou a alma do negócio para a publicidade".

Fazendo alusão ao citado documentário, aponta o Instituto Alana que "a indústria descobriu que é mais fácil convencer uma criança do que um adulto, então, as crianças são bombardeadas por propagandas que estimulam o consumo e que falam diretamente com elas. O resultado disso é devastador: crianças que, aos cinco anos, já vão à escola totalmente maquiadas e deixaram de brincar de correr por causa de

³ Discurso por ocasião da audiência pública realizada na Câmara dos Deputados Federais em 30/08/2007.



696
P

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

seus saltos altos; que sabem as marcas de todos os celulares mas não sabem o que é uma minhoca; que reconhecem as marcas de todos os salgadinhos mas não sabem os nomes de frutas e legumes. Num jogo desigual e desumano, os anunciantes ficam com o lucro enquanto as crianças arcam com o prejuízo de sua infância encurtada.”⁴(g.n).

E é neste contexto que a publicidade divulgada pela recorrida deve ser analisada.

O auto de infração foi lavrado em virtude de constatação efetuada pela fiscalização, de que a propaganda veiculada estava a induzir nas crianças e adolescentes o consumo excessivo de salgadinhos, somente para conseguir colecionar os brindes, comportamento prejudicial à saúde.

Sendo o público-alvo infantil, a verdadeira razão da compra dos 10 ou 7 produtos, conforme o caso, em um prazo curto de tempo (já que a promoção era por tempo limitado) não era a necessidade ou mesmo a qualidade desses produtos, mas a vontade das crianças em adquirir a coleção completa dos diferentes chaveiros.

Um exemplo disso é que em *sites* de comércio eletrônico estão disponíveis para compra as coleções completas com 10 chaveiros da Hello Kitty e com 7 chaveiros do Homem-Aranha.

Se assim não fosse, toda a estratégia de *marketing* não teria sido desenvolvida de forma a se dirigir ao público infantil, mas aos adultos, até mesmo porque a escolha dos alimentos

⁴ <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40>. Em 04/05/2001.



697
D

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

consumidos pelas crianças cabe aos pais ou responsáveis, embora influenciados por elas.

Nesse sentido, a Suprema Corte da Califórnia já admitiu que, "no momento da compra, os pais não tomam decisões totalmente independentes, mas são influenciados pelos desejos de seus filhos", razão pela qual as empresas gastam milhões de dólares em publicidade que tem como alvo direto exclusivamente crianças⁵.

Como se não bastasse, a publicidade do produto CHEETOS COM SURPRESA ainda estimula o consumo excessivo de alimentos não-saudáveis.

Como dito anteriormente, para obter a coleção com os 10 chaveiros da Hello Kitty ou com os 7 chaveiros do Homem-Aranha, seria necessário adquirir, no mínimo, 10 ou 7 salgadinhos, conforme o caso, produtos esses que são de baixo teor de nutrientes e ricos em gordura saturada e sódio.

Daí porque esta compra pode acarretar em um consumo exagerado de calorias pela criança ou mesmo por sua família, contribuindo, ao final, para o excesso de peso e os problemas dele decorrentes, como ortopédicos, reumatológicos e psicológicos (ansiedade, distúrbios alimentares, depressão e isolamento social).

⁵ Committee on Children's Television, Inc. et al., v. General Foods Corporation et al., L.A. Nº 31603, Supreme Court of California 35 Cal. 3d 197; 673 P.2d 660; 1983 Cal. LEXIS 266; 197 Cal. Rptr. 783 December 22, 1983. Disponível em: <http://banzhaf.net/docs/cereal.html>. Acesso em: 01/04/2009.



698
P

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

Se a obesidade ocorrer na infância, pode ainda provocar, na fase adulta, problemas cardíacos, hipertensão e diabetes⁶.

Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network*, dentre várias outras constatações, concluiu que "o mais fácil de pedir e conseguir" é justamente o produto alimentício. De fato, 56% disseram que comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem "conseguidos" pelas crianças quando pedem aos adultos⁷.

Outra pesquisa realizada pelo canal de televisão também especializado em programação infantil *Nickelodeon* apresenta semelhante resultado, colocando os alimentos infantis, balas e doces, quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo, inclusive, as suas marcas⁸.

Comprovou-se, ainda, na pesquisa realizada pelo *Nickelodeon*, que os anunciantes fazem campanhas lúdicas e divertidas, exatamente como a publicidade em questão, com o objetivo de "prender a atenção delas". Sendo que, como alerta a referida pesquisa, "um bom personagem comunica mais que mil palavras", como no caso da Hello Kitty e do Homem-Aranha. E, por fim, essa pesquisa chega à conclusão que a "criança é uma esponja", por absorver tudo o que vê e ouve por meio da publicidade⁹.

6 Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1451>>. Acesso em: 11/06/2008.

7 Pesquisa "*Cartoon Network Kids Experts*"; fonte: Pesquisa CN.com.br; ano: 2007.

8 Pesquisa "10 segredos para falar com as crianças (que você se esqueceu porque cresceu!)"; fonte: *Nickelodeon Business Solution Research*; ano: 2007.

9 Idem.



699
P

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

Essa é a razão para o "bombardeio" de publicidades de produtos alimentícios dirigidas às crianças, com conteúdo muitas vezes bastante apelativo, que as induzem a querer comer independentemente da qualidade do alimento.

Importante destacar que a recorrida pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda de seus produtos (ou para escoar a produção dos produtos relacionados para a promoção). O que ela não pode é se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança como meio para conseguir o seu objetivo.

O próprio setor empresarial tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à criança.

A autora Lucia Ancona Lopez enumera várias iniciativas envolvendo o marketing de alimentos e pelas quais busca-se um controle mais efetivo da publicidade infantil. A respeito do que ocorreu recentemente nos EUA e Europa relata:

"Trata-se de um compromisso público firmado no âmbito da autorregulamentação e que contou com a adesão de 13 grandes empresas de alimentos do mundo. Através de suas normativas, objetiva-se cessar a publicidade de alimentos para crianças abaixo de 12 anos ou destinar a maior parte de suas publicidades apenas para produtos assim chamados better-fou-you, cujo teor nutricional seja reduzido em açúcar, sódio e gordura, conforme critérios de nutrição de cada empresa.

Assim, algumas empresas comprometeram-se a não mais veicular publicidade de seus alimentos em mídias cujas audiências sejam constituídas prioritariamente por crianças abaixo de 12 anos. Outras, adotando também o critério da audiência infantil, comprometeram-se a destinar 100% de sua publicidade apenas para produtos saudáveis. Também fez parte do acordo de autorregulamentação a redução do uso de personagens midiáticos famosos (third-party-licensed character) e a sua utilização apenas na publicidade de produtos que satisfaçam critérios nutricionais mais saudáveis, bem como a cessação de veiculação de publicidades de alimentos em escolas de ensino básico." (Publicidade e Direito, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 201-202) (g.n.).



100
108

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND . PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR**

Necessário, pois, que a questão colocada nas razões recursais seja enfrentada para que se tenha um pronunciamento desta Corte sobre a veiculação de publicidade dirigida ao público infantil.

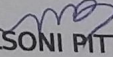
5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-SP requer seja dado PROVIMENTO ao presente recurso para julgar totalmente improcedente a ação, com o reconhecimento da prática da infração ao art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Tudo por ser medida da mais lúdima JUSTIÇA!

Termos em que,
P. deferimento.

São Paulo, quinta-feira, 3 de dezembro de 2015.


MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081



705
Ⓞ

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Secretaria Judiciária
Serviço de Processamento de Recursos aos Tribunais Superiores
do 1º ao 4º Grupo de Câmaras de Direito Público

CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO

Certifico e dou fé que a intimação da(s) parte(s) contrária(s) para apresentar(em) *contrarrazões* ao(s) recurso(s) interposto(s), no prazo legal, foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico na data de hoje. Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente.

São Paulo, 22 de 02 de 2016.

81

Silvio Luiz Improta Oguisso
Supervisor de Serviço