



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

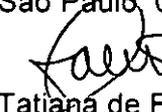
EXCELENTÍSSIMO DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Autos n.º 0025180-44.2009.8.26.0053 – Apelação

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, já qualificada nos autos em epígrafe, pela Procuradora do Estado que esta subscreve, nos autos da ação em epígrafe movida por SADIA S/A, ante o contido no V. Acórdão de fls. vem, respeitosamente, interpor RECURSO ESPECIAL, com base no art. 105, III, letra "a", da Constituição Federal, consubstanciado nos motivos de fato e de direito constantes nas razões anexas.

Por oportuno, requer-se seja anotado na contracapa dos autos, para fins de intimação e sob pena de nulidade, os nomes das Procuradoras do Estado: PAULA CRISTINA RIGUEIRO B. ENGLER PINTO, OAB/SP 127.158, MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON, OAB/SP 106.081 e TATIANA DE FARIA BERNARDI, OAB/SP 166.623.

São Paulo, 02 de janeiro de 2013.


Tatiana de Faria Bernardi
Procuradora do Estado
OAB/SP 166.623

Ac. 5112

Anu

18 JAN 2013

TJSP2INSBLA 07JAN13 15h22 2013.00004210-3(67)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Razões de recurso especial

Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP

Recorrida: Sadia Oeste S/A

Colendo Superior Tribunal de Justiça

Eméritos Julgadores

1. Cabimento do recurso especial e seu fundamento – Art. 105, III, “a”, CF/88.

Trata-se de ação anulatória de auto de infração multa lavrados pela Fundação PROCON-SP por violação ao art. 37, § 2º da Lei 8.078/90 (publicidade abusiva), em virtude da apelada ter veiculado em revistas, *outdoors*, televisão e *internet*, publicidade da “Promoção Mascotes Sadia”, com vigência entre 19/06/2007 a 12/08/2007 ou enquanto durassem os estoques, em que se aproveitou da deficiência de julgamento e experiência da criança e do adolescente para impingir produtos alimentícios de sua fabricação.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Para participar, era necessário adquirir 5 (cinco) produtos da empresa contendo selos de cores diferentes e pagar R\$ 3,00 (três reais) em dinheiro para trocar por uma "Mascote Sadia", existindo 5 (cinco) tipos diferentes de mascotes.

A publicidade era abusiva, na medida em que direcionada ao público infanto-juvenil e se aproveitava da deficiência de julgamento ou de experiência das crianças, pois através dela, crianças e adolescentes influenciariam seus pais para que adquirissem os produtos alimentícios envolvidos na campanha, muito deles pobres em nutrientes, infringindo o artigo 37, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante as razões apontadas na contestação, o digno magistrado *a quo* julgou a ação procedente, r. decisão que foi mantida pelo v. acórdão recorrido, com base em dois principais argumentos:

- a) A autuação feita pelo PROCON-SP buscou suplementar a ausência de norma específica que estabelecesse limites à publicidade dirigida ao público infanto-juvenil, fato que, aliado a largueza do art. 37, §2º da Lei 8.078/90, torna-a insubsistente, já que, por força do princípio da legalidade, tudo o que não está vedado ao particular a ele é permitido;
- b) A promoção não se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, pois os produtos oferecidos não se destinam ao seu consumo específico, não sendo possível afirmar que estes alimentos são diretamente responsáveis por alguma doença, exceto em caso de ingestão excessiva e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

permanente, o que não ocorre em apenas 2 (dois) meses (tempo) de duração da campanha.

Cabe destacar que o recurso de apelação da ora Recorrente foi provido apenas no que se refere aos honorários advocatícios.

O v. acórdão, ao manter a r. decisão de improcedência, negou vigência ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, que constitui cláusula geral a ser interpretada pelo aplicador do direito no ato de subsunção do fato à norma. Assim, ainda que ausente norma específica sobre os limites da publicidade dirigida ao público infanto-juvenil, o referido comando é auto-aplicável e suficiente para dar tipicidade à conduta atribuída à Recorrida, a quem se proíbe valer-se de publicidade que explora a inexperiência e incapacidade de julgamento da criança e do adolescente;

Assim, ao entender de forma diversa, a r. decisão violou o artigo 37, §2º da Lei 8.078/90, e merece reforma. Importa destacar que no presente recurso não pretende reexaminar os fatos, e sim, reformar o entendimento das instâncias de origem, no sentido de que o artigo referido não proíbe a publicidade que envolva crianças.

Portanto, o ponto nodal da controvérsia são os limites do artigo 37, § 2º da Lei 8.078/90 no que tange à publicidade infantil, discussão essencialmente de Direito e que justifica a interposição do presente recurso.

Vejamos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

2. Do mérito

2.2 Negativa de vigência ao art. 37, § 2º, da Lei 8.078/90:

Da tipicidade. Existência de norma (art. 37, §2º CDC) que proíbe veiculação de publicidade abusiva ao público infantil.

A proteção da criança e do adolescente está prevista genericamente no art. 227, *caput* da CF/88¹ e de forma específica nos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente².

¹ "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."

² "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."



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

No tocante a publicidade dirigida ao público infantil, o art. 37, § 2º do CDC proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, considerando-a abusiva³.

E a 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.

É o que explica Noemi Friske Momberger⁴:

“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

“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, idéias 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.”

³ “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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento.”

No mesmo sentido:

“As crianças e os jovens são muito vulneráveis à publicidade porque não têm formada ainda uma mentalidade crítica e nem a capacidade de discernir a verdadeira mensagem que a publicidade está transmitindo. Ao mesmo tempo o público infantil e jovem aumenta e representa cada vez mais uma importante fatia do mercado de consumo. O interesse empresarial nesses consumidores aumente em equivalência ao poder de compra dos mesmos e assim, novas técnicas para com eles se comunicar são desenvolvidas baseadas em pesquisas e métodos de investigação.

No Brasil o grande número de publicidade destinada às crianças de até 14 anos demonstra a acirrada concorrência das empresas pela conquista desse mercado que já representa 40% da população brasileira. E nos Estados Unidos, anualmente, 30 mil campanhas publicitárias são lançadas na conquista desse público.” (O dano moral coletivo na publicidade dirigida a menores, Igor Rodrigues Britto, fl. 138/166).

Nesse prisma, muito embora não exista lei específica que regulamente os limites da publicidade dirigida ao público infantil, o art. 37, §2º da Lei

⁴ A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

8.078/90 reputa abusiva toda publicidade que se aproveite da inexperiência e deficiência da criança e do adolescente para fomentar o consumo de produto nocivo à sua saúde.

Há, portanto, em nosso ordenamento, proibição de publicidade que se aproveite da inexperiência e deficiência de julgamento da criança, por norma de ordem pública e que serviu de base à autuação feita contra a Recorrida.

O v. acórdão considerou que a "discussão central do feito, devolvida em decorrência da apelação, é se a campanha publicitária veiculada pela autora foi abusiva, ou não, por aproveitamento da deficiência de julgamento e falta de experiência das crianças, conforme dispõe o §2º do art. 37, §2º do CDC, a autorizar a aplicação de multa pela ré."

A Colenda Câmara Julgadora destacou, ainda, que a "a publicidade é a arte de inflamar a vontade de consumir."

Ora, a arte de inflamar vontades em uma criança, independente do contexto fático, se aproveita de sua inexperiência e deficiência de julgamento e, portanto, se subsume à conduta descrita pelo artigo 37, §2º da Lei 8.078/90.

No caso em tela, a própria Recorrida destacou na petição inicial (fl. 4, item I.5), que a publicidade em análise destinou-se ao público infanto-juvenil, apesar dos alimentos não se destinarem exclusivamente a este público.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Consigne-se que, além das iniciativas legais e do teor do art. 37, §2º da Lei 8.078/90, auto-aplicável e suficiente para dar tipicidade à conduta da apelada, o setor empresarial tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à criança. Em 25 de agosto de 2009 vinte e quatro empresas e grupos líderes da área de alimentos e bebidas associadas à ABIA e ABA firmaram compromisso público espontâneo com restrições à publicidade de seus produtos dirigida às crianças. Estipulou-se a não veiculação de publicidade dirigida a criança abaixo de 12 anos, em qualquer meio de comunicação de massa que tenha audiência constituída em sua maioria pelo público infantil e a não realização de promoção de caráter comercial nas escolas a elas direcionada. (fls. 198/199).

A Recorrida é uma das signatárias. **O que demonstra que ela mesma reconhece que a publicidade dirigida ao público infantil como a discutida nestes autos é perniciosa.** E obviamente ela não passou a ser em 25 de agosto de 2009, ela sempre o foi. O que ocorre é que somente agora há um reconhecimento público e oficial pelas empresas produtoras de alimentos.

Aliás, tal compromisso reflete o que se discute há anos 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 conhecidos. 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos⁵.

E a ação de todos os países decorre de pesquisas que demonstram o impacto da publicidade no público infantil. Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network* (fls. 277 e ss.), dentre várias outras constatações, demonstrou que o que as crianças mais admiram é um personagem de desenho animado (fl. 280). De outro lado, 56% das crianças responderam que o mais fácil de pedir e conseguir é justamente o produto alimentício (fl. 296).

A pesquisa realizada pelo canal de televisão *Nickelodeon* (*Nickelodeon Business Solution Research*) apresenta as conclusões na forma de "10 segredos para falar com as crianças – Que você esqueceu porque cresceu". Na fl. 347 conclui que a partir dos 2 anos a criança já desenvolve forte sensibilidade ao produto e a partir dos 4 anos também à marca. Que são "peça chave na hora da compra" possuindo grande influência na compra de produtos como alimentos, brinquedos e *fast food*, elegendo inclusive a marca (fl. 348). Que adoram brincar (fls. 356) e que "um bom personagem comunica mais que mil palavras" (fls. 376/377). Por fim, que para "prender a atenção delas" as campanhas devem ser lúdicas e divertidas, exatamente como a da apelada (fls. 358/369).

Como afirmam Fernanda Baeza Scagliusi, Flávia Mori Sarti Machado, Elizabeth Aparecida Ferraz da Silva Torres:

"Estudos de Borzekowski e Robinson (2001) comprovaram a eficácia da publicidade. Quarenta e seis crianças, entre dois e seis anos, participaram do experimento, visando analisar a

⁵ Reportagem da Folha on line Vitrine de 15/03/08:

**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO****ASSESSORIA JURÍDICA****à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON**

influência das propagandas comerciais de televisão sobre preferências alimentares.

Um desenho animado foi apresentado às crianças, sendo que metade delas assistiu à fita que continha propagandas comerciais de diversos produtos, alimentícios ou não, intercaladas ao programa. Posteriormente, as crianças deviam escolher um produto dentro de cada par de produtos semelhantes a elas apresentados, sendo que um produto de cada par havia sido anunciado nas propagandas comerciais. O estudo concluiu que as crianças que assistiram às propagandas escolheram com maior frequência os produtos anunciados. Os resultados com diferenças mais significativas foram obtidos em produtos alimentícios anunciados duas vezes, sendo que as menores diferenças ocorreram no caso de produtos não alimentícios.”(in marketing aplicado à indústria de alimentos, fls. 213/229).

Assim, não restam dúvidas do impacto que as publicidades têm no público infantil. Também não se discute que em todos os países do mundo, incluindo o Brasil, a publicidade dirigida a este público sofre restrições, em virtude do reconhecimento da sua vulnerabilidade. Também é fato que as próprias empresas, têm reconhecido a necessidade de impor limitações à publicidade para crianças.

E é neste contexto *legal* que a publicidade divulgada pela apelada deve ser analisada.

[HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm) (fls. 206/210)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Da infração ao art. 37, § 2º do CDC. Publicidade abusiva dirigida ao público infanto-juvenil destinada a promover o consumo de alimentos de baixo valor nutritivo, com prejuízo à saúde.

A apelada veiculou campanha publicitária em revistas, *outdoors*, televisão e *internet* intitulada "Promoção Mascotes Sadia". Para participar, era necessário adquirir 5 (cinco) produtos da empresa contendo selos de cores diferentes e pagar R\$ 3,00 (três reais) para trocar por uma das cinco "Mascote Sadia" (patinador, tenista, jogador de vôlei, jogador de futebol e judoca).

Os produtos que continham o selo eram, dentre outros, hambúrguer, lasanha, lingüiça calabresa, margarina, *hot pocket*, *blanquet* de peru, empanado de frango, bacon, creme vegetal, pizza, apresuntado, copã, filé de frango a parmegiana, frozen mousse de chocolate (fls. 256/260).

Na mídia impressa a chamada era "Brincar nunca foi tão gostoso" com a seguinte explicação logo abaixo: "Chegou a Promoção Mascotes Sadia. São 5 lindos bonecos de pelúcia para você colecionar. Para ganhar o seu, basta juntar 5 selos de cores diferentes (vermelho, azul, amarelo, preto e branco), que você encontra nas embalagens dos produtos Sadia participantes, com mais R\$ 3,00 e trocar por uma Mascote Sadia. Confira os postos de troca, produtos participantes e o regulamento completo da promoção. Colecione."(fls. 238/242).

O filme publicitário, cf. cópia dos autos administrativos (fl. 230 e ss) e *site* www.mascotessadia.com.br, trazia imagens sucessivas de diferentes



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

crianças (todas com menos de 12 anos) brincando com as "Mascotes Sadia": uma menina no balanço segurando uma das mascotes anunciadas; crianças pequenas andando de bicicleta com as mascotes penduradas nos respectivos guidões; meninos com as mascotes penduradas em suas mochilas; um menino bem pequeno com uma bola de futebol e sua mascote; uma menina segurando suas mascotes; e outro menino escorregando no escorregador em direção à coleção das mascotes. Ao final, todas as crianças aparecem cantarolando o *jingle* da promoção com suas mascotes nas mãos e uma menina pequena dormindo em sua cama, acompanhada de toda a coleção das mascotes.

O locutor anunciava que "brincar ficou muito mais gostoso", informava que para participar bastava juntar 5 (cinco) selos de cores diferentes dos produtos participantes e trocar por uma das mascotes. O filme terminava com a imagem de uma criança com duas mascotes no cabelo e a expressão "colecione".

Pelo teor da campanha não há dúvida de que a empresa procurava promover sua linha de produtos (objetivo de toda campanha publicitária) através de publicidade dirigida ao público infantil, posto que o grande atrativo era a distribuição das 5 (cinco) diferentes versões de bonecos de pelúcia da mascote da marca Sadia.

Anote-se que, para uma criança conseguir colecionar todos os bonecos mascotes, seria necessário comprar pelo menos 25 (vinte e cinco) produtos da marca Sadia em menos de 2 (dois) meses (pois a promoção tinha vigência entre 19/06/2007 e 12/08/2007 ou enquanto durassem os estoques). E nesse período, além de ter uma oferta à mesa maior de produtos envolvidos na promoção, poderia criar "gosto" pelos produtos e prosseguir com seu consumo nos meses (quicá anos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

seguintes, o que esvazia o argumento posto na sentença de que ela geraria efeitos apenas nos dois meses em que esteve vigente.

E, qualquer pessoa que já tenha tido contato com uma criança sabe que elas pretendiam sim completar a coleção, o que era, aliás, expressamente incentivado pela campanha.

Assim, a abusividade da campanha reside no fato de se valer da deficiência de julgamento e experiência da criança, atraindo a atenção deste público, para conseguir vender os produtos que anuncia e que nem mesmo eram dirigidos ao público infantil.

Some-se a isto o fato da campanha utilizar-se de expressões como "ganhar" e imperativas como "colecione" e "participe" que são censuradas até mesmo pelo código de auto-regulamentação publicitária do CONAR⁶.

Note-se que o objetivo da apelada foi o de aumentar suas vendas valendo-se para isto do público infantil, que embora não tenha poder de decidir a compra, tem sem dúvida o poder de influenciá-la como demonstram as pesquisas mencionadas no item 2.2.

E é tal atitude que tornou a campanha publicitária abusiva.

⁶ Item 2 do anexo H do Código de Auto-regulamentação Publicitária do CONAR: "2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis."



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

O Código de Defesa do Consumidor deu tratamento especial à criança, considerando-a vulnerável e hipossuficiente. Nesse sentido, ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁷:

“A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.

(...)

O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.”

E a proteção especial se dá justamente porque as crianças por estarem em desenvolvimento são incapazes de entender as mensagens publicitárias

⁷ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

que lhe são dirigidas, não conseguindo distingui-las da programação na qual estão inseridas e se defender do seu caráter persuasivo.

Curioso é que a título de promover uma vida saudável, a apelada através da publicidade da "Promoção Mascotes Sadia" estimulava o consumo excessivo de alimentos não-saudáveis.

Como dissemos anteriormente, para a criança obter a coleção com as 5 (cinco) diferentes versões dos bonecos de pelúcia, seria necessário comprar pelo menos 25 (vinte e cinco) produtos com os selos da promoção bem como pagar R\$ 15,00 (quinze reais), no período compreendido entre 19/06/2007 e 12/08/2007, ou seja, em menos de 2 (dois) meses.

Ora, os produtos relacionados para a promoção, em sua maioria, são de baixo teor de nutrientes e ricos em gordura, amido e sal, como é o caso, por exemplo, dos hambúrgueres, empanados de frango, pizzas e *hot pockets*, podendo acarretar em um consumo de calorias exagerado 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). Se a obesidade ocorrer na infância, pode ainda provocar problemas cardíacos, hipertensão e diabetes na fase adulta⁸.

É evidente que uma criança não é capaz de tal discernimento, para ela, pouco importa o que terá que consumir, importa é adquirir o brinquedo. E a afirmação de que os pais conhecem as informações nutricionais dos produtos, é

Forense Universitária, 2005, p. 343-344.

⁸ Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1451>>. Acesso em: 11/06/2008.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

fechar os olhos para o poder persuasivo, seja da publicidade, seja de uma criança como apontado nas diversas pesquisas acima mencionadas.

Não se pretende a proibição de toda e qualquer publicidade. O que se pretende é que as empresas a façam de forma responsável, sem se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência de uma criança para aumentar suas vendas.

Por fim, quanto à decisão proferida pelo CONAR sobre a publicidade ora questionada (fls. 272/283), vale mencionar a bem elaborada manifestação técnica de fls. 434/452:

“O CONAR, Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária, é um órgão colegiado criado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação para exercer o controle privado da publicidade no país⁹, aplicando as regras do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

Este documento, elaborado com base em princípios éticos e morais e em consonância com a Constituição Federal e as legislações federais pertinentes, funda-se no comprometimento daqueles que, por vontade própria, aderiram a seus preceitos. Daí poder-se dizer que o CONAR não é um órgão imparcial. Suas recomendações, embora devessem refletir as

⁹ O Código de Defesa do Consumidor adotou o controle misto da publicidade, em que, além do controle privado, há o controle estatal, exercido pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário. A respeito do



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

determinações do referido Código, estão influenciadas pela ótica do mercado publicitário. É o que se evidencia em grande parte dos julgamentos, em que os dispositivos do Código são interpretados de acordo com a ética do mercado, que não necessariamente leva em consideração os direitos dos consumidores.”

E mais adiante constata a divergência para caso idêntico:

“Não obstante, o CONAR já decidiu que há abusividade em publicidades semelhantes a que ora se analisa. Como exemplo, citamos a Representação nº 205/07, sobre a promoção “É hora de Shrek”, relativa aos produtos alimentícios da linha “Gulosos” da marca Bauducco, em que o anúncio utilizava criança para vocalizar apelo ao consumo, no sentido de que bastava juntar 5 (cinco) embalagens de qualquer desses produtos, acrescidas de R\$ 5,00 (cinco reais), para trocar por um dos 4 (quatro) modelos diferentes de relógios exclusivos do filme “Shrek Terceiro”. Neste caso, bem semelhante ao que aqui se discute, o CONAR entendeu que houve estímulo ao consumo excessivo, concedendo liminar para suspender a publicidade e, ao final, determinando sua sustação definitiva. Vejamos trecho do resumo do acórdão, julgado em setembro de 2007¹⁰:

assunto, ver Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 301-303.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 18/06/2008.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

"(...) Ao analisar a questão, o relator observou que as mensagens têm que ser entendidas do ponto de vista do consumidor principal, a criança, e que a exploração de elementos como crianças com os braços cheios de relógio e a narração 'são quatro modelos, colecioner' configura incentivo ao consumo excessivo. Por isso, recomendou a sustação definitiva da peça, aceita por maioria de votos."

Ademais, entendeu o relator, argumento reiterado pela apelada, que os produtos por ele comercializados não estão entre os produtos sujeitos a restrições do art. 220, § 4º da CF/88, portanto, não poderia haver "qualquer restrição à publicidade dos mesmos".

A argumentação carece de seriedade, não é porque os produtos não estão no rol do art. 220, § 4º da CF/88 que a publicidade pode se dar com ofensa as demais normas protetivas previstas no ordenamento jurídico, em especial, as que protegem a criança.

Deve-se ainda considerar que a atividade publicitária comercial nada mais é do que atividade econômica com o intuito de promover a venda de produtos ou serviços¹¹, não podendo ser confundida com acesso a informação albergada no inciso XIV da CF/88.

¹¹ "Conceitualmente, podemos entender publicidade comercial como o 'ato de comunicação de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos ou serviços." Nunes Jr., Vidal Serrano, A publicidade comercial dirigida ao público infantil, in Constituição Federal, Avanços, contribuições e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Ao comentar este inciso do art. 5º, José Afonso da Silva afirma que:

“O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a *liberdade de informar e a liberdade de ser informado*.

...

Nesse sentido, a *liberdade de informação* compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer.”
(Comentários contextual à Constituição, Ed. Malheiros, 3ª Ed., pág. 109)

Resta claro que, ao contrário do afirmado pela apelada na inicial, não há que se confundir o direito a informação previsto no inciso XIV do art. 5º com a publicidade comercial desenvolvida pela apelada, que no caso em debate tinha fins lucrativos e não se prestava a fornecer nenhuma informação.

Ademais, como toda e qualquer atividade comercial lícita lhe é garantida a observância da livre iniciativa, mas à evidência tais atos comerciais devem se conformar a todos os outros princípios constitucionais, no caso em espécie a defesa do consumidor (art. 170, V e 5º, XXXII), a proteção da criança (art. 227) e o direito à saúde (art. 196).

Conclui-se que dirigir peça publicitária para incitar consumo por crianças é técnica que se aproveita de sua incapacidade de julgamento pleno, e portanto, viola frontalmente o art. 37, §2º da Lei 8.078/90.

modificações no processo democrático brasileiro, Coord. Ives Gandra Martinse Francisco Rezek, Ed. RT e CEU,



SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA
FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR



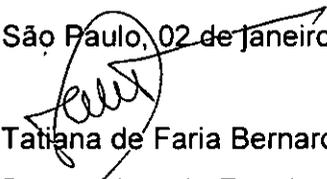
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Assim, ao flexibilizar e suavizar a interpretação do artigo, a Colenda Câmara Julgadora acabou por negar-lhe vigência, merecendo reforma o v. acórdão por essa Egrégia Corte, a fim de restabelecer sua plena vigência.

Diante de todo o exposto, requer e aguarda a FUNDAÇÃO PROCON o restabelecimento da vigência do artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo-se a abusividade da publicidade dirigida exclusivamente ao público infantil, reformando a r. decisão recorrida para julgar improcedente a ação anulatória.

São Paulo, 02 de Janeiro de 2012.


Tatiana de Faria Bernardi
Procuradora do Estado
OAB/SP 166.623