

573



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Autos n.º 053.09.025180-9

Rito ordinário

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 57.659.583/0001-84, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, nos autos da ação em epígrafe movida por **SADIA S/A**, vem, respeitosamente perante V. Exa., interpor recurso de

APELAÇÃO

com base nos argumentos de fato e de direito constantes na minuta anexa.

Nestes termos
P. Deferimento.

São Paulo, 27 de março de 2011

VALTER FARID ANTONIO JUNIOR
Procurador do Estado - OAB/SP 146.249

PAULA CRISTINA R. B. ENGLER PINTO
Procuradora do Estado - OAB/SP 127.158

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081

TR-SP-2-14-7219/AC-TR-28/Mar/2011 14:03 739900-2/3

14:0F.DA FAZENDA PUELICA SP 29/MAR/2011 09:56 004563

524



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

RAZÕES DE APELAÇÃO

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

Apelada: Sadia S/A

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Nobres Julgadores,
Douto Procurador de Justiça:

1. Da decisão recorrida

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Fato é que a sentença merece reforma, pois:

- a) O conceito de publicidade abusiva inserido no art. 37, §2º da Lei 8.078/90 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 apelante, a quem se proíbe valer-se de publicidade que explora a inexperiência e incapacidade de julgamento da criança e do adolescente;
- b) A apelada afirma expressamente, no item I.5 da inicial (fl. 4), que a campanha publicitária teve por alvo o público infanto-juvenil, que, movida pelo desejo de colecionar os bonecos de pelúcia, pressionaria seus pais e responsáveis para que adquirissem os alimentos envolvidos na campanha. Estes, por sua vez, destinar-se-iam à alimentação de toda a família, inclusive os menores, destacando-se mais uma vez o perigo de infundir o desejo de consumo de produtos alimentícios com teor nutricional sabidamente inadequado.

Vejamos.

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

O digno magistrado *a quo* afirma que inexistente no ordenamento jurídico proibição à publicidade que envolva crianças.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

É fato.

Entretanto, é igualmente fato que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade abusiva que envolva crianças.

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.

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.

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."

"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."



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 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

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.”

⁴ A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 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.

Assim, ao contrário do que sustenta o digno magistrado *a quo*, a conduta atribuída à apelada é típica e contrária ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, cabendo ao aplicador do direito subsumir a situação concreta – publicidade que instiga o consumo de produtos alimentícios de baixo teor nutricional – à proibição contida no referido comando.

As iniciativas de cunho legislativo referidas na contestação, ao contrário do que foi posto na R. Sentença, revelam a preocupação da sociedade e do legislador quanto a prejudicialidade de se expor, sem qualquer limite, crianças e adolescente às táticas de *marketing* destinadas ao aumento de vendas, muitas delas calcadas na exploração da especial vulnerabilidade de criança e adolescentes aos apelos feitos pelos fornecedores de produtos e serviços.

Mas tal não significa que, atualmente, não existam limites à publicidade dirigida a este público, haja vista a proibição imposta pelo art. 37, §2º da Lei 8.078/90, norma de ordem pública que serve de base à autuação feita contra a apelada, cabendo ao magistrado subsumir o conteúdo da publicidade submetida ao seu exame.

E, no caso em tela, é evidente que a apelada excedeu tais limites, consignando-se que ela mesma, na petição inicial (fl. 4, item 1.5), destaca que a publicidade em análise destinou-se ao público infanto-juvenil, apesar dos alimentos não se destinarem exclusivamente a este público.

574



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 apelada é uma das signatárias. O que demonstra que ela mesma reconhece que a publicidade dirigida ao público infantil como a discutida nestes autos é perniciososa. 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. Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos⁵.

⁵ 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) (fls. 206/210)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 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

579



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

freqüência 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 que a publicidade divulgada pela apelada deve ser analisada.

3. 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, copa, filé de frango a parmegiana, frozen mousse de chocolate (fls. 256/260).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 (quiza anos) 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.

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

E é tal atitude que tornou a campanha publicitária abusiva.

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

⁷ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 343-344.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 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.

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

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 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

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 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.

549



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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:

"(...) 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.

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

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

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 modificações no processo democrático brasileiro, Coord. Ives Gandra Martinse Francisco Rezek, Ed. RT e CEU, 2008, pág. 843.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

"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).

Ante o exposto, resta evidente a infração ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, que embasou a penalidade administrativa aplicada à apelada, arbitrada dentro dos limites quantitativos e qualitativos previstos no art. 57 do CDC e individualizada com base na Portaria PROCON 26/06, cuja legalidade é objeto de reiterado reconhecimento por este Egrégio Tribunal, por apenas conferir transparência ao processo de fixação da multa sem oportunizar qualquer inovação.

4. Dos honorários advocatícios

Subsidiariamente, na remota hipótese de não acolhimento do presente recurso, impõe-se a revisão dos honorários advocatícios arbitrados, por serem

547

492
577

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

excessivos e contrários à regra de equidade prescrita no art. 20, §4º do Código de Processo Civil.

Os honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, com base na regra do art. 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil são excessivos, pois superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A apelante, enquanto instituição integrante da Administração Pública Estadual, é destinatária da regra especial prescrita no parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal, que determina a fixação da verba sucumbencial de acordo com a apreciação equitativa do juiz.

Em casos semelhantes ao presente, em que a Fundação PROCON tanto saiu vitoriosa como sucumbente, os honorários de advogado foram fixados em valor bem inferior. Todas as causas tiveram o mesmo objeto da presente ação – validade do auto de infração e valor da multa – e mesmo assim contemplaram condenações sensivelmente menores.

Como exemplo e a título de amostragem, anexa-se as seguintes cópias de sentenças que confirmam o alegado:

Procedentes (favoráveis ao fornecedor)	Improcedentes (favoráveis ao PROCON)
Autos n.º 1743/053.02.026414-6 14ª Vara da Fazenda Pública Valor dos honorários: R\$ 1.000,00	Autos n.º 1711/053.03.029590-7 6ª Vara da Fazenda Pública Valor dos honorários: R\$ 2.000,00
Autos n.º 37/053.02.000518-3 7ª Vara da Fazenda Pública Valor dos honorários: R\$ 500,00	Autos n.º 466/053.06.109024-0 2ª Vara da Fazenda Pública Valor dos honorários: R\$ 2.000,00
Autos n.º 1131/053.01.017728-3 14ª Vara da Fazenda Pública Valor dos honorários: R\$ 1.000,00	Autos n.º 053.01.023306-0 e 053.01.020255-5 3ª Vara da Fazenda Pública Valor dos honorários: R\$ 1.000,00

57



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Considerando que todas as ações aqui enunciadas contemplam discussão de direito idêntica ao da presente ação, o diminuto número de atos processuais praticados pelas partes (todas as causas foram julgadas antecipadamente), o local da prestação dos serviços advocatícios (na mesma comarca da apelada - fl. 29) e a relativa simplicidade da causa, conclui-se que os honorários advocatícios fixados na sentença recorrida – que correspondem a mais de R\$ 50.000,00 – são exagerados e desproporcionais aos requisitos prescritos no art. 20, parágrafo 3º, letras “a” a “c”, do Código de Processo Civil.

Aguarda-se, pois, a redução deste encargo da sucumbência por este Egrégio Tribunal, na remota hipótese de não reforma da sentença de primeiro grau de jurisdição.

5. Do pedido

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração ao art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, a legalidade dos critérios utilizados pela Fundação PROCON para o arbitramento da multa que foi imposta à apelada e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao seu porte econômico, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão.

Posto isso, aguarda-se o total provimento do recurso de apelação, com o escopo de julgar improcedente a ação movida pela apelada, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Assinatura manuscrita em tinta preta, consistindo de uma linha fluida e estilizada que se estende para a direita e para cima.

547



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Subsidiariamente, na remota hipótese de não acolhimento da tese recursal, pleiteia-se ao menos a revisão da verba honorária com base no critério de fixação equitativa previsto no art. 20, §4º do Código de Processo Civil.

Nestes termos
P. Deferimento.

São Paulo, 27 de março de 2011

VALTER FARID ANTONIO JUNIOR
Procurador do Estado - OAB/SP 146.249

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081

PAULA CRISTINA R. B. ENGLER PINTO
Procuradora do Estado - OAB/SP 127.158