



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

"Em um diálogo rápido com o filho Ariom, Juliana Arini, 31 anos, entendeu a razão dos ímpetus de consumo de uma criança de seis anos. 'Mas filho, por que você quer exatamente esse brinquedo?' Resposta: 'Ué, mãe, porque aparece na TV! É mais famoso, é mais legal e todo mundo na escola sabe o que é'. Após a conversa, Juliana entendeu que as estratégias de marketing ocupam um grande espaço na vida do seu filho."¹

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, pela Procuradora do Estado que esta subscreve, nos autos da ação em epígrafe movida por **SADIA S/A**, vem, respeitosamente perante V. Exa., nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, apresentar **CONTESTAÇÃO** com base nos argumentos de fato e de direito abaixo relacionados.

¹ In [HTTP://br.noticias.yahoo.com/s/26102009/48/manchetes-pequenos-consumidores.html](http://br.noticias.yahoo.com/s/26102009/48/manchetes-pequenos-consumidores.html), cópia em anexo.

1407013 DE FIDEJUS PUBLICO SP 11/04/2019 10:45 01001540



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

1. Dos fatos

Insurge-se o autor contra auto de infração e multa lavrado pela Fundação PROCON-SP por afronta ao art. 37, § 2º da Lei 8.078/90, em virtude de 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. 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 se aproveitava da deficiência de julgamento ou de experiência das crianças, infringindo o artigo 37, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

Alega em síntese:

- a) Que um dos princípios norteadores de sua atividade é a alimentação para uma vida saudável. Aproveitando-se da realização dos jogos Pan-Americanos, decidiu realizar campanha publicitária destinada ao público infanto-juvenil que incentivasse o gosto pelo esporte;
- b) Para tanto, após aos produtos mais comercializados (25 no total) selos, que colecionados, davam direito, mediante o pagamento de valor simbólico de R\$ 3,00, a um dos mascotes;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

- c) Que a auto de infração valeu-se de subjetivismo de seu agente;
- d) Sugere que ONG's, como o Instituto Alana, autor da denúncia, teriam razões obscuras e o único fim de se tornarem negócio financeiro; que o intuito da ré seria unicamente arrecadatório, posto que, por disposição legal, a multa reverte para o órgão atuante e acusa também a Procuradoria Geral do Estado de emitir parecer comprometido. Por tais razões o processo administrativo estaria viciado.
- e) Que o CONAR emitiu parecer acolhendo sua tese;
- f) Inexiste no ordenamento jurídico proibição à publicidade que envolva crianças, embora reconheça que tramita no poder legislativo projeto de lei neste sentido;
- g) Que o que se pretendia era exclusivamente "uma brincadeira, com as crianças procurando nos produtos Sadia em sua casa, um selo colorido" (fls. 12), aderindo a autora a "Estratégia Global para Alimentação Saudável, Atividade Física e Saúde" (fls. 13)
- h) Que a decisão administrativa teria violado o art. 5º, II e XIV e art. 220, § 4º da CF/88, sendo inaplicáveis o item 2 do Anexo H do Código de Auto-regulamentação publicitária do CONAR, não tendo ocorrido violação ao art. 37, § 2º do CDC.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A ação não procede. Conforme se verá adiante **e com base em documentos do processo administrativo inexplicavelmente não juntados pela autora**, a infração restou consumada e legitimou a Fundação PROCON, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescritos no art. 56, I e 57, da Lei 8.078/90, a aplicar sanção pecuniária razoável com base em atos normativos expedidos com lastro na competência concorrente prescrita no art. 55 do mesmo diploma legal.

2. Infração ao art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Antes de adentrar no mérito da questão, importante frisar que a autora, não se sabe por qual razão, **deixou de juntar diversas folhas do processo administrativo**, em especial as que dizem respeito ao conteúdo da denúncia e os documentos que a acompanharam. Assim, a cópia integral do processo foi anexada a essa contestação e serão referidas com base no número da página do processo administrativo.

De outro lado, as insinuações desrespeitosas sobre o Instituto Alana, a Fundação PROCON e a Procuradoria Geral do Estado não serão objeto de manifestação, já que não possuem nenhum conteúdo jurídico, sendo mera especulação do peticionário de fls., ante a evidente ausência de argumento sério a afastar a ocorrência da infração.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

2.1 Do procedimento administrativo.

A Fundação PROCON/SP tem por objetivo elaborar e executar a Política de Proteção e Defesa do Consumidor no Estado de São Paulo, nos termos do artigo 4º da Lei Federal nº 8.078/90 e do artigo 2º da Lei Estadual nº 9.192/95. Dentre as suas atribuições, está a de fiscalizar o cumprimento das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções.

Cabe ao agente fiscal, no exercício da função pública, lavrar o Auto de Infração **sempre** que constatar o descumprimento das leis de defesa do consumidor. Tal constatação pode ser feita de ofício, por meio de denúncia ou através de reclamação do consumidor.

Como bem ensina Hely Lopes Meirelles²:

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal (...). A natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe”.

A denúncia consiste na manifestação de qualquer pessoa no intuito de trazer ao conhecimento da autoridade competente a ocorrência de conduta infrativa às normas de defesa do consumidor.

² Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 88.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Cabe ao agente analisá-la podendo acolhê-la integralmente, se entender que a conduta realmente caracteriza infração, ou arquivá-la se entender que não há evidências suficientes para configurar a infração. De um ou outro modo, é obrigatória a análise da denúncia pelo agente, bem como a fundamentação por uma ou outra decisão.

No caso concreto, o Instituto Alana apresentou denúncia à ré sobre a publicidade veiculada pela autora (fls. 32/46 do processo administrativo) amparada nos documentos de fls. 46/165 do processo administrativo.

Ao analisar a denúncia, os documentos e também a publicidade televisiva (fls. 07 do processo administrativo) o agente fiscal constatou evidências da ocorrência da infração. Como bem observado na manifestação técnica de fls. 206 do processo administrativo:

“Por fim, não agiu a agente fiscal com subjetivismo, mas como aplicadora do direito, constatou o fato e, verificando que era vedado por Lei, lavrou o Auto de Infração. Logo, a interpretação dos fatos é inerente a sua função, desde que adstrita aos ditames legais, como foi realizado no caso em tela.”

E, realmente, ao contrário do pretendido pela autora o auto de infração não foi lavrado para atender objetivos “obscuros” do Instituto Alana. Foi lavrado pela simples razão de que houve infração ao CDC. E, se é verdade que a ré tomou ciência disto pela denúncia, também é verdade que poderia tê-lo feito de ofício.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito do texto principal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Anote-se também, que a denúncia não foi acolhida na íntegra, tendo o agente fiscal entendido que não haveria elementos suficientes para caracterizar a infração ao art. 39, I do CDC.

Do exposto, verifica-se que não há vício no auto de infração e tampouco no processo administrativo

2.2. Da publicidade dirigida ao público infantil.

Afirma a autora que inexistente no ordenamento jurídico proibição à publicidade que envolva crianças.

É fato.

Entretanto, o que desconhece a autora é 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/88³ e de forma específica nos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴.

³ "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."

⁴ "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



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 abusiva⁵.

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 Momberger⁶:

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."

⁵ "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."

⁶ 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

“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 aumenta 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, cópia em anexo)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A regulamentação em vigor, entretanto, não tem sido suficiente para coibir os abusos.

O CDC foi editado em 1990, tendo proibido a publicidade abusiva dirigida ao público infantil. À época, sequer existia *internet* na forma hoje conhecida, a TV à cabo dava seus primeiros passos e ainda não disponibilizava canais exclusivos para crianças. O ambiente da mídia era infinitamente menor que nos dias atuais, as estratégias de marketing possuíam limitações de escopo e atuação.

Atualmente a diversidade de canais de comunicação multiplicou as possibilidades de se apresentar os produtos à população. E, controlar esse universo de possibilidades de diferentes mídias é um desafio constante, o que justifica a discussão de novas prescrições legais que possibilitem ao Poder Público exercer a fiscalização

Em resumo, embora haja legislação sobre o tema, esta tem se mostrado insuficiente ante as artimanhas publicitárias, em especial às dirigidas às crianças, sendo imperativo o aperfeiçoamento do conjunto normativo para garantir uma publicidade saudável.

E, tanto o setor empresarial como o poder público têm se mobilizado para garantir maior proteção das crianças contra as publicidades abusivas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 408/08 aprovou várias "diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis". Em especial o item 9, estabelece a necessidade de:

"9.Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros;"(cópia em anexo)

A ANVISA colocou em consulta pública proposta de regulamento da "oferta, propaganda, publicidade, informação e a outras práticas correlatas cujo objeto seja a divulgação ou promoção de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional, quaisquer que sejam as formas e meios de sua veiculação, sem prejuízo do que particularmente se estabeleça para determinados tipos de alimentos por meio de legislação específica." (Consulta Pública nº 71/06, art. 1º, cópia em anexo)

Tramitam ainda na Câmara Federal três projetos de lei para restringir a comercialização de brinquedos associados à alimentos, em todos a justificativa pode ser assim resumida:

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

"Isso ocorre não pelo fato do alimento ser nutritivo, mas pelo atrativo principal que as empresas divulgam como forma de aumento das vendas de seus produtos alimentícios, induzindo o consumidor já vulnerável no mercado de consumo e hipossuficiente a sempre consumir aquele alimento a fim de obter toda a coleção dos brinquedos atrelados a este." (cópia em anexo)

Há também o PL 5921/01 que acrescenta ao art. 37, o § 2ºA proibindo toda publicidade destinada ao público infantil.

Tudo a demonstrar que a regra específica que coíbe a publicidade abusiva dirigida ao público infantil, art. 37 § 2º do CDC, vêm sendo reiteradamente violada, razão pela qual se faz necessário novas regulações.

Também 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. (cópia em anexo).

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

O autor é um dos signatários. O que demonstra que ele mesmo 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. Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos⁷.

**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. 48 e ss. do processo administrativo), dentre várias outras constatações, demonstrou que o que as crianças mais admiram é um personagem de desenho animado (fls. 51 do processo administrativo). De outro lado, 56% das crianças responderam que o mais fácil de pedir e conseguir é justamente o produto alimentício (fls. 67 do processo administrativo).

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". À fls. 118 do processo administrativo conclui que à partir dos 2 anos a criança já desenvolve forte sensibilidade ao produto e à 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 (fls. 119). Que adoram brincar (fls. 127) e que "um bom personagem comunica mais que mil palavras" (fls. 147/148). Por fim, que para "prender a atenção delas" as campanhas devem ser lúdicas e divertidas, exatamente como a do autor (fls. 129/140).

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

7 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

"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 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, cópia em anexo)

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, portanto, é neste contexto que a publicidade divulgada pelo autor deve ser analisada.

[HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vj1503200804.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vj1503200804.htm) (cópia em anexo)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

2.3. Da infração ao art. 37, § 2º do CDC.

A autora 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. 27/31 do processo administrativo)

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. 09/13 do processo administrativo).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

O filme publicitário, cópia extraída dos autos administrativos em anexo, e no 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, 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 CONAR⁸.

Note-se que o objetivo da autora 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.

⁸ 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 Benjamin⁹:

"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."

⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 343-344.

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

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.

Curioso é que a título de promover uma vida saudável, a autora 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 adulta¹⁰.

¹⁰ 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

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.

Por fim, quanto a decisão proferida pelo CONAR sobre a publicidade ora questionada (fls. 43/54), vale mencionar a bem elaborada manifestação técnica de fls. 203/221 do processo administrativo:

“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 país¹¹, aplicando as regras do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

¹¹ 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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 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 2007¹²:

¹² 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 pelo autor, 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 serviços¹³, não podendo ser confundida com acesso a informação albergada no inciso XIV da CF/88.

¹³ "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

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 na inicial, não há que se confundir o direito a informação previsto no inciso XIV do art. 5º com a publicidade comercial desenvolvida pela autora, 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).

Por fim, quanto a insinuação de que a ré teria objetivo meramente arrecadatório, observa-se que o destino das multas obedece a dispositivo legal e à ré, interessa tão somente o cumprimento das normas consumeristas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Acrescente-se que a regra é que a multa reverta para o órgão que a aplica exatamente por que se tratar de órgão público com atuação vinculada. Aliás, as despesas de tais órgãos só podem ser feitas mediante **prévia** e **pública** autorização orçamentária, permitindo-se rígido controle, inclusive do cidadão, quanto ao destino dado à sua arrecadação.

E, como demonstra a cópia do balanço da Fundação PROCON do ano de 2008, o valor recebido a título de multa foi R\$ 5.173.551,90, tendo sido repassado pelo Governo do Estado R\$ 15.552.446,91, o que já demonstra que não há nenhuma preocupação com a arrecadação cf. pretende fazer crer o autor.

Por fim, a Portaria 26/06 que embasa a penalidade aplicada é instrumento normativo que, dentro dos limites qualitativos e quantitativos impostos pelos arts. 56, I e 57 da Lei 8.078/90, conferiu transparência ao processo de fixação da multa **sem oportunizar qualquer inovação**. Ela se limitou a estabelecer e publicizar, de forma precisa, os critérios de sua quantificação, sempre com o objetivo de proceder à adequada individualização da pena nos termos do que determina o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

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****3. 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 ao autor e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao seu *real* porte econômico, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão.

Posto isso, aguarda-se a total improcedência da ação, condenando-se o autor nos consectários da sucumbência e anotando-se o nome dos seguintes Procuradores na contracapa dos autos:

Dr. Valter Farid Antonio Junior, OAB/SP 146.249

Dra. Paula Cristina Rigueiro Barbosa Engler Pinto, OAB/SP 127.158

Dra. Maria Bernadete Bolsoni Pitton, OAB/SP 106.081

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, 9 de novembro de 2009.

Paula Cristina Rigueiro Barbosa Engler Pinto

Procuradora do Estado

OAB/SP 127.158