



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

18 MAI 2011

“Como pode um pai explicar a seu filho que os adultos por trás da promoção visam explorá-la quando o que ela concretamente vê são dezenas de outras crianças como ela ganhando prêmios e convidando-a tão entusiasmamente a fazer o mesmo. E quando estas crianças acenam-lhe com a chance de “mais de um milhão de prêmios” o que, honestamente analisado, não é verdade.”¹

Processo nº 0035614-58.2010.8.26.0053

Rito ordinário

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob nº 57.659.583/0001-84, nos autos da ação em epígrafe movida pela **EDITORA ABRIL S/A**, vem, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, apresentar **CONTESTAÇÃO** com base nos argumentos de fato e de direito abaixo relacionados.

arrecr da psicóloga Maria Helena Masquetti sobre a campanha Disney Stars às fls.190-193 do processo administrativo.

2438

11.991-3.14-TRJ/SP. TR-13-Mai-2011-141-23-45689-3/3

5



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

1 - DOS FATOS:

Insurge-se a autora contra o auto de infração e imposição de multa 3201 série D6, processo administrativo 513/2008, lavrados pela Fundação PROCON/SP por afronta aos artigos 37, parágrafos 1º e 2º e 39, “caput” e inciso V, todos da Lei nº 8.078/90, onde recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe de R\$ 322.936,06 (trezentos e vinte e dois mil, novecentos e trinta e seis reais e seis centavos), consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do mesmo Diploma Legal.

As condutas praticadas consistiram em:

- 1 – veiculação de campanha publicitária com omissão de informações essenciais, capazes de induzir a erro, bem como gerar falsa expectativa no público consumidor, infringindo o artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor;*
- 2 – promover publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, utilizando-se de práticas em publicidade, inclusive, repudiadas pelo CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária), com infração ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor;*
- 3 – disponibilizar, no site da empresa, links com comandos contrários às boas maneiras e atitudes responsáveis a menor de idade, aproveitando-se de sua deficiência de julgamento e experiência, infringindo o artigo 39, caput do Código de Defesa do Consumidor;*
- 4 - realizar cobrança denominada “acréscimo ao valor do documento em boleto bancário relativo à assinatura da Revista VEJA”, transferindo ao consumidor custo inerente à atividade econômica da empresa, o que contraria o artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor.*

O auto de infração foi instruído com farto material jurídico e científico (fls. 07-329 do processo administrativo).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Inconformada, ajuizou a presente ação, visando à nulidade do auto de infração e do processo administrativo sancionatório que culminou na aplicação de multa, alegando em apertada síntese:

- a) *Preliminarmente pleiteou-se concessão de medida liminar para obstar a inscrição da multa na dívida ativa;*
- b) *Quanto à publicidade enganosa e abusiva, alega legalidade da promoção ofertada e da publicidade televisiva utilizada, por inexistência de violação ao artigo 37, parágrafos primeiro e segundo, ambos do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, porque a publicidade teria sido autorizada pelo SEAE – Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico e veiculada dentro da legislação vigente; e porque o uso de menores em comerciais não seria prática ilegal, assim como a exposição da promoção teria ocorrido por meio tradicional com respeito aos princípios consumerista;*
- c) *Quanto à prática abusiva assevera: 1) que o texto disponibilizado no site do produto lançado pela Editora é explicativo, claro e objetivo e não abusivo, conforme juízo equivocado da ré que, inclusive, não seria legítima para proceder a autuação tendo em vista que faz parte da administração pública indireta e o poder de polícia pertenceria à administração pública direta; 2) que o consumidor, ao escolher o boleto bancário, deverá arcar com o ônus deste benefício, vez que lhe é oferecido outras formas de pagamento sem incorrer em ônus e que a apenação violaria a liberdade de contratar;*
- d) *Por fim, insurgiu-se contra o valor da multa, alegando inobservância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.*

Requeru, ainda, alternativamente, a redução da multa aplicada.

O pedido de tutela antecipada foi deferido pelo MM. Juiz *a quo*, por entender presentes os requisitos do artigo 273, do Código de Processo Civil, face ao caucionamento do valor da multa através de fiança bancária (fls. 184-185), cujo valor já foi objeto de pedido de complementação, em razão de não contemplar a integralidade do débito.



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

A multa está inscrita na dívida ativa (Certidão da Dívida Ativa nº 1.006.875.852), mas o ajuizamento da execução fiscal está suspenso.

A ação não procede. Conforme se verá adiante e com base em documentos do processo administrativo, **em especial a análise do vídeo de publicidade não juntado pela autora que ora se anexa**, as infrações restaram consumadas e legitimaram a Fundação PROCON, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescritos nos artigos 56, inciso 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.

A atribuição da Fundação PROCON-SP para fiscalizar o mercado de consumo advém, originariamente, do próprio mandamento constitucional, que dispõe no seu artigo 5º, inciso XXXII:

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, art. 275, dispõe da mesma forma que:

“O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei”.



2448

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

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, principiologicamente, reconhece a vulnerabilidade do consumidor e a exigência da sua proteção estatal, por iniciativa direta, controlando e participando do mercado de consumo.

Este controle direto, na esfera do Poder Executivo, se dá por meio da competência concorrente e comum das entidades e órgãos, cuja finalidade é a proteção do consumidor, quais sejam: a Secretaria Nacional de Direito Econômico e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ambos ligados ao Ministério da Justiça e atuantes no âmbito federal; os PROCON's estaduais e os respectivos órgãos municipais de defesa do consumidor, os quais atendem por várias outras denominações e não só PROCON-SP (SIDOC, Prodecon, etc.) e integram os sistemas nacional e estadual (correspondente a cada Unidade Federativa) de defesa do consumidor. De forma expressa ela vem prevista no artigo 55 e § 1º do Código de Defesa do Consumidor: *"A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão..."*

No Estado de São Paulo, conforme dispõe a Lei nº 9.192, de 23 de novembro de 1995, cabe à Fundação PROCON-SP, dentre outros objetivos, elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor e, para a consecução de seus objetivos, deverá (art. 3º, inciso XI) *"fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções"*.



248g

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

Assim, o fato gerador da aplicação de sanções administrativas por iniciativa da Fundação PROCON é o descumprimento de toda e qualquer norma referente a relações de consumo, com destaque àquelas descritas no genuíno instrumento legal de proteção: **a Lei 8.078/90.**

Do exposto, verifica-se que sempre que alguma das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor for violada, emergirá o poder de polícia para instauração de processo administrativo e, se o caso, imposição de penalidade.

Ademais, calha anotar apenas por amor ao discurso, que é completamente desprovida de qualquer espeque jurídico a alegação de que *o poder de polícia é prerrogativa exclusiva da administração pública direta.*

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, o poder de polícia administrativo é:

"a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo." (MELLO, 2000:675). (g.n).



249

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

Já sob o ponto de vista legal, o conceito encontrado no ordenamento jurídico brasileiro, é o expresso no artigo 78 do Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (g.n).

Ou seja, tanto o conceito doutrinário como o conceito legal apontam para o fato do poder de polícia ser um atributo da administração pública – compreendo a direta e indireta – limitador da liberdade e da propriedade, exercido com base no interesse público, expresso de diversas formas, sejam normativas ou executivas, auto-executório e, finalmente, limitado pela lei, tudo conforme explanado em laudas precedentes.

Desse modo, como é sabido, na sistemática brasileira, o governo para cumprir suas atribuições depende de uma estrutura organizada e denominada de Administração Pública, que pode ser direta ou indireta.

A grosso modo, diz-se:



250

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

- direta quando os órgãos pertencem às pessoas jurídicas que compõem o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); e
- indireta quando se refere a pessoas jurídicas constituídas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, **fundações públicas** e os consórcios públicos) para o desempenho especializado de um serviço público a elas destinado e submetido a controle por um órgão ligado à Administração Direta, no caso, o PROCON/SP (fundação Pública – administração indireta) que se vincula à Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania do Governo Estadual (administração direta).

Consoante entendimento da melhor doutrina, “as pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os Órgãos da Administração Direta (...)”².

Do exposto, resta inequivocamente demonstrada a competência da Fundação PROCON para a lavratura do auto de infração ora discutido e conseqüente aplicação de sanção administrativa.

² Di Pietro, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 23ª edição, editora Atlas, 2010, p. 425.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

2 - DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

A promoção 'DISNEY STARS' foi dirigida eminentemente ao público infantil, mais precisamente o público-alvo de 06 a 12 anos, consoante menção expressa do grupo Abril (fl. 58 do processo administrativo), assim como asseverava toda a comunicação mercadológica e a publicidade criada para sua divulgação.

Assevera a autora que não há ilegalidade nas campanhas publicitárias que envolvam crianças.

É fato. Entretanto, o que desconhece a autora é que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade **enganosa e abusiva** que envolva crianças.

A proteção da criança e do adolescente está prevista genericamente no artigo 227, *caput* da CF/88⁴ e de forma específica nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵.

⁴Art. 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."

⁵ "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:

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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

“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.”

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

“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.”



253 f

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

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

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

Esta proteção especial se dá justamente porque a criança ainda está em desenvolvimento, não sendo capaz de tomar decisões ponderadas quando colocada diante de uma publicidade, que, na maioria das vezes, ela nem identifica como tal. Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing* e, tampouco, de se defender do seu caráter persuasivo. É o que explica Noemi Friske Momberger⁷:

“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 toma decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento.”

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



2598

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

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

A opinião de publicitários acerca da questão, obviamente, visa defender os interesses da classe, ou seja, limitar a própria atividade significaria diminuir seus lucros. Principalmente no caso da publicidade ao público infantil, forte mercado desses profissionais.

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

- Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta.
- No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos. São proibidos apelos para fazer a criança comprar por meio de proposta direta.
- Na Finlândia, é proibido usar desenhos ou crianças 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

- 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 anos¹⁰

Vê-se, portanto, que a preocupação quanto ao conteúdo da publicidade dirigida ao público infantil constitui preocupação global e referendada por profissionais das mais diversas áreas, não se tratando de “achismo” ou “entendimento subjetivo” da Fundação PROCON-SP como insinua a autora.

A esse respeito, afirma ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN³:

“Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.”

Numa perspectiva psicológica, leciona o professor de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de La Taille (fls. 128-29 do processo administrativo):

portagem 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)
digo Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense
rsitária, 2005, p. 344.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

"Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiram compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão" (g.n).

"(...) é certo que propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica" (g.n).

Conforme entendimento do supracitado professor, não há resistência moral suficiente na criança, como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica. Nessa linha, a psicóloga MARIA HELENA MASQUETTI conclui:

"Por serem adultos, os pais têm condições de rejeitar ou não uma promoção, dependendo da avaliação que façam sobre ela. Já a criança não tem maturidade para isso, reagindo sensivelmente a qualquer apelo sedutor que prometa gratificá-la. E este apelo pode ser um simples bonequinho, como as da promoção. Em função da maneira lúdica com que a criança atua no mundo, o brinquedo pode ter para ela caráter de necessidade." (fl. 67).

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



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA**

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Fazendo referência ao citado documentário, aponta o Instituto Alana que “a indústria descobriu que é mais fácil convencer uma criança do que um adulto, então, as crianças são bombardeadas por propagandas que estimulam o consumo e que falam diretamente com elas. O resultado disso é devastador: crianças que, aos cinco anos, já vão à escola totalmente maquiadas e deixaram de brincar de correr por causa de seus saltos altos; que sabem as marcas de todos os celulares mas não sabem o que é uma minhoca; que reconhecem as marcas de todos os salgadinhos mas não sabem os nomes de frutas e legumes. Num jogo desigual e desumano, os anunciantes ficam com o lucro enquanto as crianças arcam com o prejuízo de sua infância encurtada.”⁴ (g.n).

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

3 - DO PARECER PSICOLÓGICO SOBRE A CAMPANHA “DISNEY STARS”.

A psicóloga Maria Helena Masquetti traça algumas características específicas da campanha publicitária “Disney Stars” (fls. 190-193 do processo administrativo).

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Narra ela que o apelo "Ahá, chegou o álbum Disney Stars, o único com mais de um milhão de prêmios" que encabeça a promoção da autora, revela caráter abusivo em relação às crianças enquanto pessoas em desenvolvimento. Destacam-se alguns aspectos do seu parecer:

<i>Propaganda - aspectos</i>	<i>Parecer psicológico</i>
<i>A criança é atraída com a promessa de que concorre a mais de um milhão em prêmios quando, na prática, não é o que ocorre.</i>	<i>- diferentemente de tentar beneficiar a criança, a promoção encerra uma estratégia para manter a criança cativa à contínua compra de figurinhas; - caso o anunciante estivesse realmente convicto de que os envelopes de figurinhas são concebidos como prêmios pela criança, certamente estes envelopes figurariam como tal no comercial de TV que compõe a campanha. No entanto, o que se vê é uma cena onde duas crianças convidam outras a colecionar as figurinhas e, enquanto isso, por trás delas e com o recurso de efeitos especiais, multiplicam-se os objetos que realmente significam prêmios para a criança (e, talvez, inconscientemente, para os produtores da cena), tais como bicicletas, videogames, caixas de som, bolas, etc., até porque, ao abrirem os envelopes, todas as crianças da cena ganham prêmios. (g.n).</i>
<i>Um milhão de envelopes de figurinhas para apenas 15 mil prêmios.</i>	<i>- aos olhos da criança o que figura efetivamente como prêmio substancial é a expressão "Mais de (um milhão)"; - efetivamente, não há um milhão de prêmios e sim uma estratégia de conferir impacto à promoção, tornando-a, literalmente, centenas de vezes mais chamativa para a criança e, conseqüentemente, mais frustrante e onerosa para os pais. Interroga a psicóloga: como esperar que, para a criança, as mesmas figurinhas iguais às que ela própria compra para preencher o álbum – e ganhar prêmios – tenham o valor de prêmio?. (g.n).</i>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

<p><i>"Uhu, não fique aí prado, vá correndo até as bancas".</i></p>	<p><i>A promoção amplia o caráter abusivo ao usar o modelo infantil, utilizando como avalista da informação transmitida outra criança devido sua proximidade com o público alvo. Conclui que não é preciso discorrer muito para entendermos, nesta situação, uma péssima contribuição para o desenvolvimento moral e social das crianças. (g.n).</i></p>
<p><i>Do tradicional brincar com figurinhas, a proposta converteu-se num estímulo ao consumo.</i></p>	<p><i>A proposta da promoção desvia a criança do objetivo saudável para uma corrida frenética exclusivamente material (como mostra o comercial) em busca de prêmios. A idéia da brincadeira propriamente dita ficou fora de questão, contribuindo para uma indução da criança ao materialismo.</i></p>
<p><i>““ Mais de um milhão de prêmios muito fáceis de ganhar!”</i></p>	<p><i>- Este apelo retrata uma relação desigual onde o adulto sabe o que está explorando na criança – sua credulidade e natural dependência da boa-fé adulta – enquanto ela não; - Ainda, mina a alternativa dos pais de não concordarem com a manobra comercial. Afinal, como pode um pai explicar a seu filho que os adultos por trás da promoção visam explorá-la quando o que ela concretamente vê são dezenas de outras crianças como ela ganhando prêmios e convidando-a tão entusiasmamente a fazer o mesmo. E quanto estas crianças acenam-lhe com a chance de “mais de um milhão de prêmios” o que, honestamente analisado, não é verdade. (g.n).</i></p>
<p><i>De centavo em centavo, a criança forma um álbum caríssimo.</i></p>	<p><i>Pelo preço do álbum (R\$ 0,099) e figurinhas (R\$ 0,060) propositadamente estabelecidos em centavos, a promoção elege como comprador direto do produto a própria criança. A estratégia visa, a partir da adesão da criança à promoção pressionar, paralelamente, os pais a bancar os gastos com a coleção, apropriando-se também da preocupação destes em não frustrar os filhos, bem como em não desejarem passar por ma... pais perante eles. Quem compreende a dinâmica de u...</i></p>



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA**

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

	<i>chantagem emocional, poderá, facilmente, associar esta situação com ela.</i>
<i>Uma verdade forjada é mais perturbadora que uma mentira explícita.</i>	<i>Mesmo que, numa atitude atenuante da inverdade, as figurinhas fossem oferecidas assumidamente como um prêmio-consolação para não deixar a criança de mãos vazias ao abrir o envelope, restaria, de qualquer forma, a manipulação para a continuidade da compra. Portanto, a forma pseudo-verdadeira de comunicar a promoção evidencia uma manobra visivelmente intencional de confundir a criança; uma apropriação da ingenuidade infantil em acreditar em tudo o que (aparentemente bom) provém dos adultos e, por último, uma pressão emocional sobre os pais de cuja determinação e proteção a criança tanto depende. (g.n).</i>

4 – DAS CONDUTAS INFRATIVAS:

4.1 - DA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 37, §§1º E 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Nos termos do Auto de Infração nº 3201, série D6, de 11/03/08, dos Autos do Processo Administrativo nº 513/2008 constatou a ré ter a autora praticado publicidade enganosa e abusiva em patente afronta aos comandos do artigo 37, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A autora lançou produto no mercado (álbum de figurinhas/livro ilustrado "Disney Stars"), ao preço de R\$0,99, e os respectivos envelopes de figurinhas, com 04 cromos cada, ao preço de R\$ 0,60 a unidade) divulgando uma promoção chamada "Disney Stars Prêmios", a ser realizada no período de 28/09/2007 a 28/03/2008, com área de execução em todo território nacional.

A promoção consistia na colocação no interior da embalagem dos envelopes de figurinhas, de um cartão representando um vale-brinde. Os vale-brindes eram divididos em **dois tipos**: (i) alaranjado, o qual poderia ser trocado em bancas de jornal por outro envelope de figurinhas; e, (ii) verde, o qual teria o prêmio definido no próprio cartão.

A campanha apresentou as seguintes irregularidades:

- ✓ Induzimento do consumidor em erro ao omitir dado essencial, fazendo-o crer que são "mais de um milhão de prêmios" de vales-brindes verdes – configuração de publicidade enganosa omissiva nos termos do artigo 37, §1º da Lei 8.078/90:

O comercial de TV, disponível também no *site* do produto⁵, **destacava exclusivamente os prêmios vinculados⁶ ao vale-brinde verde**, como Cartão Panamericano – sem função de saque, com R\$ 100,00 (cem reais) para gastar; aparelhos MP3, MP4 e MP5; caixa de som para computador; Vídeo Game PC Game; Vídeo Game Dynavision Xtreme; controle joystick; kits de shampoo e condicionador; brinquedo Banho Mágico; boneco Dragon Corse Cavaleiro; boneco

⁵www.disneystars.com.br, o qual direcional para o endereço eletrônico <http://jovem.abril.com.br/hotsites/dinesystars/index.shtml>.

⁶ Produtos em parceria com as empresas Caloi Norte S.A., Hydrogen Cosméticos, Brinquedos Estrela S/A e Dynacom, Banco Panamericano.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Dragon Corse Dragão, brinquedo Super Massa, boneca Fofólete, DVD – Os Incríveis Disney, bicicleta aro 20; bolas de Vôlei; os quais correspondiam a 1,5% do total distribuído (fls. 47 do processo administrativo).

A campanha explora o slogan “mais de um milhão de prêmios” acompanhada da imagem de prêmios constantes da promoção que têm maior valor agregado, conforme ilustra a capa do álbum de figurinhas (fls. 50 do processo administrativo), **porém omitiu tanto no comercial quanto da foto da capa** que o brinde não se refere em sua maioria aos prêmios consubstanciados nos bens duráveis vastamente divulgados. Na verdade, cerca de **98,5%** dos prêmios anunciados é de simples pacotes de figurinhas do “Livro Ilustrado Disney Stars”.

- ✓ **Induzimento do Consumidor em erro fazendo-o crer que os prêmios destacados no comercial são “prêmios muito fáceis de ganhar” – configuração de publicidade enganosa comissiva nos termos do artigo 37, §1º da Lei 8.078/90:**

A publicidade transmite ao expectador a grande facilidade de ser premiado. Analisemos as características explícitas do comercial veiculado pela autora:

- (i) o “slogan” entoado durante todo o comercial é: “Achei! Ahá! Ganhei! Uhu!”;
- (ii) coro de vozes infantis canta: “mais de 1 milhão de prêmios muito fáceis de ganhar!”;
- (iii) somente o cartão verde aparece como vale-brinde;
- (iv) são apresentados em destaque os prêmios: MP3, MP5, bolas, bonecas, brinquedos, “bikes”, “games”, cartões de R\$ 100,00 etc.;
- (v) várias crianças aparecem achando vales-brinde, “pulando de alegria”;
- (vi) crianças fazem as chamadas cercadas de efeitos gráficos visuais pelos prêmios de maior importância anunciados: (menina) “Ahá! Chegou o álbum Disney Stars. O único com mais de 1 milhão de prêmios!”; (menino) “Uhu! Não fique aí parado. Vá correndo até às bancas!”;
- (vii) locução final: “Álbum de figurinhas Disney Stars. Mais de 1 milhão de prêmios nos envelopes para você”.

De acordo com os dados dispostos no verso da capa do álbum (fl.50 do processo administrativo) “será colocado à venda um total aproximado de 21 milhões de unidades de embalagens dos produtos promocionados, sendo que, dessa totalidade, 1.015.700 unidades estarão premiadas com 01 (um) prêmio. Assim, para cada 20,6 unidades de embalagens dos produtos promocionados



263
f

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

haverá uma embalagem que conterà um brinde no seu interior." Porém, a proporção de 1 para cada 20,6 equivale a 4,8% de envelopes com um dos dois tipos de vale-brinde, e para os vale-brindes verdes, a relação é de 1 para 1.337,6, ou seja, 0,075% envelopes estariam premiados com os mesmos.

Logo, a possibilidade de ser premiado não é tão grande quanto alardeada, e bem inferior é a chance de encontrar o vale-brinde verde. Corroborando tal raciocínio, está disponível no site oficial da autora (fls. 315 do processo administrativo) a lista de ganhadores de vale-brindes verdes. Até o dia 26/02/2008, teriam sido cadastrados 3.945 cupons que corresponderiam a 25,3% de 15.700 (total de prêmios de vale-brindes verdes). A promoção teve início dia 28/09/2007, e em praticamente 5 meses, faltando apenas um mês para o término (28/03/2008), seriam conhecidos pouco mais de um quarto de ganhadores. Mesmo considerando o prazo de 180 dias após o término da promoção para validação dos vales, estimando um total de 12 meses de promoção, ainda assim o percentual de 25,3% está abaixo do esperado para 5/12 (cinco doze avos) de tempo transcorrido, o que seria algo em torno de 41,67% (ou 6542 prêmios).

- ✓ Aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência das crianças, utilizando-se de práticas em publicidades repudiadas inclusive pelo Conselho de Auto –Regulamentação Publicitária – CONAR – configuração de publicidade abusiva nos termos do artigo 37, §2º da Lei 8.078/90:

Considerando a criança como o público alvo da promoção e a sua condição de vulnerabilidade e hipossuficiência, a irregularidade da publicidade é evidente: o comercial de TV utiliza-se de criança vocalizando apelo imperativo de consumo diretamente à criança ("Uhu! Não fique aí parado. Vá correndo até às bancas!"), aproveitando-se, destarte, da deficiência de julgamento e experiência destas.

A publicidade enganosa e abusiva é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 37, *verbis*:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

2



269 f

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

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (grifos nossos)

§ 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança." (grifos nossos)

Desse modo, situadas as irregularidades e as infrações cometidas, passemos à análise pormenorizada de cada uma.

4.1.1 - DAS CONDUTAS VIOLADORAS DO ARTIGO 37, § 1º DA LEI 8.078/90.

Sobreleva atenção o fato de todo o material de divulgação analisado não focar o produto em si: o álbum de figurinhas. Enfatiza-se exclusivamente a promoção, ou seja, o jogo, a busca pelo vale-brinde nos envelopes. No comercial de televisão e na página principal do *site*, a imagem do álbum só aparece para ser conhecida pelo público e identificada nos pontos de venda.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Ressalta-se, todo o tempo, a facilidade de achar o vale-brinde, e em especial, o vale-brinde verde cujos prêmios correspondem ao reduzido percentual de 1,5 % do total distribuído. Isso porque o total de prêmios destinados à distribuição é de **1.015.700** (um milhão, quinze mil e setecentos).

Desse total, **apenas 15.700** (quinze mil e setecentos) são prêmios de **vale-brindes verdes**. Os outros alardeados 1.000.000 (um milhão) de prêmios são de vale-brindes alaranjados, ou seja, equivalentes a outro envelope de figurinhas "Disney Stars".

Não há sequer a informação sobre o que versa o álbum, qual o seu tema, o que retratam as figurinhas. A situação chega a tal ponto que uma divulgação de álbum de figurinhas não contém a conjugação do verbo "Colecionar", como tradicional e logicamente é feito, mas somente dos verbos "Achar" e "Ganhar".

É clara a inversão de valores na campanha, servindo somente de veículo para viabilizar um "jogo". Nota-se, portanto, **que o que se quer vender de fato é a emoção da busca pelo vale-brinde, a possibilidade de encontrar um prêmio de valor, como um MP5, bicicletas ou brinquedos.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

2668

No caso em pauta, há uma descaracterização dos vale-brindes. Eles são ofertados como o produto de fato. O álbum de figurinhas é mero coadjuvante, nasce com a promoção e serve de cenário para a campanha. Se assim o for, se está diante de um “jogo de azar” para crianças, que incentiva a compra de envelopes de figurinhas exclusivamente com a expectativa de ganhar prêmios.

É indubitável a capacidade de indução em erro do consumidor, agravada pela **falsa expectativa no público consumidor em obter os prêmios** acima enumerados, representados por uma porcentagem diminuta em relação ao número de vale-brindes alaranjados; ainda mais sendo a criança o público-alvo do produto.

Ainda, a publicidade analisada leva à interpretação de que todos os “prêmios muito fáceis de ganhar” são os de maior valia, responsáveis por 1,5% do total, pelo simples fato de negligenciar a divulgação da maior parcela dos prêmios: os pacotes de figurinhas.

Enganosa também por fazer acreditar que em uma promoção dependente de sorte, e nas proporções já citadas, a premiação é fato corriqueiro, banal, “muito fácil de ganhar!”.





2678

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

É importante repisar que em todas as cenas do comercial aparecem crianças “pulando de alegria” por encontrar um vale-brinde e, ao término, dezenas pulando pelas ruas. A publicidade transmite ao expectador a grande facilidade de ser premiado.

Além das imagens, têm-se as seguintes falas:

“mais de 1 milhão de prêmios muito fáceis de ganhar!”,

“Ahá! Chegou o álbum Disney Stars. O único com mais de 1 milhão de prêmios!”,

“Álbum de figurinhas Disney Stars. Mais de 1 milhão de prêmios nos envelopes para você”.

Não se trata aqui de querer tolher a liberdade de expressão e o poder de criação dos profissionais da área, mas de impor uma preocupação com o destinatário final da mensagem – consumidor.

Um dever de conduta imposto por lei, para que, além de cumprir o seu papel como **responsável por gerar a necessidade e o desejo acerca de tal produto ou serviço**, esse profissional esteja atento **para não levar o consumidor a erro**.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A doutrinadora Cláudia Lima Marques faz saber

que:

A característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor, mesmo através de suas 'omissões'. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o 'erro' é a falsa noção da realidade, falsa noção esta potencial formada na mente do consumidor por ação da publicidade.⁷ (grifos nossos)

Na mesma esteira, preleciona Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

A publicidade é enganosa mesmo que sua capacidade de induzir em erro manifeste-se apenas em relação a consumidores particularmente vulneráveis (os doentes, as crianças, os idosos, os crédulos, os ignorantes, os de pouca instrução).

A enganosidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada.

A enganosidade por omissão varia conforme o caso (...).

O fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor.

Uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso deixar de ser enganosa (...).

Uma publicidade pode, por exemplo, ser completamente correta e ainda assim ser enganosa, seja porque informação importante foi deixada de fora, seja porque o seu esquema é tal que venha a fazer com que o consumidor entenda mal aquilo que se está, realmente, dizendo.⁸ (grifos nossos)

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 p. 538

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 5 ed., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. p. 270/71/72.



2697

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

A publicidade prepara e condiciona o terreno psicológico dentro do qual será desenvolvida a relação jurídica de consumo, daí o seu caráter dito persuasivo; é nesse meandro que a lei pretende coibir a modalidade de informação, ou comunicação, de caráter publicitário, capaz de induzir em erro o consumidor.

O ponto a se resguardar é a capacidade da publicidade conduzir o consumidor a pensar uma coisa diversa da realidade – que é de fato o que ocorreu no caso em apreço.

Nesse passo, analisando o conceito de enganabilidade, temos que:

*“tudo o que se exige é prova de que o anúncio possui a tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria significativa de consumidores. A essência do desvio (a enganabilidade) não é a má-fé, a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo quando inexistente qualquer intenção de enganar”*⁹. (g n).

De todo o exposto e consoante análise minudente a promoção, de seu regulamento e do respectivo parecer da Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico – SEAE, assim como de todo o conjunto probatório colhido no processo administrativo (cópia integral anexada aos autos), é certo que a autora não explicitou na publicidade da

⁹ *Manual de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 9 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 340



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

promoção do produto em pauta que dos 21 milhões de unidades de embalagens previstas para ser comercializados, 1.015.700 unidades estariam premidas com 01 prêmio, muito pelo contrário, passa a enganosa idéia de ser “um milhão de prêmios muito fáceis de ganhar” relativos aos bens duráveis anunciados, o que indubitavelmente fere a norma consumerista.

Portanto, a ilegalidade é patente e, diversamente do que proclama a autora, não houve nenhuma interpretação equivocada da ré ao efetuar a autuação.

4.1.2 - DA CONDUTA VIOLADORA DO ARTIGO 37, § 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na mesma medida do quanto esposado nos parágrafos pretéritos, o ponto a se resguardar também o é a **capacidade da publicidade aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência própria da tenra idade do público infantil.**

Preocupação explícita do legislador em nosso ordenamento jurídico (§2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor).



2418

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

O próprio Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, em seu Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, Capítulo II – Princípios Gerais, Seção 11 – Crianças e Jovens, artigo 37, prevê:

Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

I - Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

(...)

f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

(...)

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

(...)

b) respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c) dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

(...)

§ 2º O planejamento de mídia dos anúncios de produtos de que trata o inciso II levará em conta que crianças e adolescentes têm sua atenção especialmente despertada para eles. Assim, tais anúncios refletirão as restrições técnica e eticamente recomendáveis, e adotar-se-á a interpretação a mais restritiva para todas as normas aqui dispostas. (grifos nossos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Contrariamente ao estipulado, a **campanha publicitária em questão vocaliza apelo imperativo de consumo diretamente à criança** (“Uhu! Não fique aí parado. Vá correndo até às bancas!”).

A campanha deveria ser mais criteriosa com relação a atender as restrições técnicas e eticamente recomendáveis, não se aproveitando da deficiência de julgamento e experiência do infante.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães¹⁰ descreve que o conceito de 'publicidade abusiva' não teria ainda sido definido pela doutrina ou por leis nacionais ou estrangeiras, mas conclui, em seguida, que seria abusiva a publicidade que “ofende a ordem pública, ou **não é ética** ou é opressiva ou inescrupulosa”.

Assim, “através da noção de abusividade, o legislador logrou reprimir condutas que, se não conflitam diretamente com o texto legal, inobservam **valores fundamentais** do ordenamento, sendo potencialmente danosas”.¹¹

¹⁰GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. “A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. p. 136. (grifos nossos)

¹¹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. “Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 9, n. 35. São Paulo: RT, 2000. pp. 123-131.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Pode-se mencionar como sendo valores fundamentais da sociedade que devem ser preservados e protegidos: a dignidade da pessoa humana, a preservação do meio ambiente, a proteção contra publicidade capaz de conduzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança, **o respeito à criança**, ao núcleo familiar e aos bons costumes, dentre outros.

Nessa seara, a publicidade deve assumir uma **função social** e contribuir para auxiliar o Estado na tarefa de educar e ajudar na formação do consumidor como um verdadeiro cidadão, despertando a consciência para seus direitos e incentivando o exercício pleno da cidadania.

É o que afirma a especialista em Comunicação Michele Araújo de Menezes:

“A função social da publicidade, de caráter informativo, de promoção de idéias, produtos e serviços (de maneira saudável e ética) e de entretenimento, começa a ser questionada a partir do momento em que os fins (aumentar as vendas de produtos e serviços dos clientes) não justificam os meios.

(...)

Caracteriza-se aqui a função social da propaganda, que visa a informar a população, incluir minorias, acabar com preconceitos, respeitar culturas, trabalhar a publicidade com ética, tudo isso sem deixar de focar a função comercial de vender produtos e serviços.”¹² (grifos nossos)

MENEZES, Michele Araújo de. “A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda”, 2006, Monografia de Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 36-40.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

No mesmo fluxo, expôs a representante da Agência Nacional de Defesa da Infância – ANDI¹³, Isabela Vieira Machado Henriques, em debate na Audiência Pública nº 1388/07 sobre publicidade infantil (fls. 131-189): “**a publicidade voltada ao público infantil é intrinsecamente abusiva**. E tal ocorre porque, para a publicidade consiga vender e fazer com que a criança seja convencida de que aquele produto ou serviço é bom, convencê-la a querer aquele produto, ela **se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança**”. (g.n).

Acrescentou a Sra. Isabela, citando a publicitária Magy Imoberdorf: “**As maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda**”. (g.n).

Por sua vez, no mesmo evento, considerou a presidenta da sessão, a deputada Maria do Carmo Lara:

“Devido aos efeitos que a publicidade causa na mentalidade das crianças, os pesquisadores dos Estados Unidos defendem que a publicidade deve ser restringida e proibida. De acordo com os pesquisadores, a política fundamental gira em torno da Justiça. Eles lançam as seguintes questões:

É justo permitir que o público infantil seja alvo dos anunciantes?

onível: <<http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>>. Acesso em: 01 de junho de 2007.
Isabela Vieira Machado Henriques – Coordenadora do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. Audiência Pública 8/07 de 30/08/2007. Texto taquigrafado pelo Departamento de Taquigrafia e redação da Câmara dos Deputados.



275 f

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

É justo permitir que a publicidade seja dirigida ilimitadamente às crianças, ou seja apropriado impor alguns limites?

Exige a Justiça uma proteção especial para restringir certos tipos de estratégias de publicidade dirigida às crianças?

Afirmam ainda os pesquisadores que, para que a publicidade dirigida à criança não seja considerada abusiva, a criança deve possuir 2 chaves de conhecimentos ou de habilidades. A primeira é que ela deve ser capaz de distinguir razoavelmente entre um programa e um comercial. Se a criança não consegue estabelecer essa diferença, toda e qualquer publicidade é considerada abusiva. A segunda é que ela deve ser capaz de reconhecer a intenção persuasiva dos anunciantes, dos fabricantes e das emissoras de televisão para vender o produto com objetivo final de lucro. Se a criança não possui esse discernimento, toda e qualquer publicidade é abusiva e deve ser proibida." (g.n).

Ademais, aqui como no caso assinalado em ala anterior, ao contrário do que protesta a autora, a autuação não se deu por "achismos" da ré, mas sim pela simples razão de que houve infração à norma consumerista. Cabe, destarte, ao agente fiscal, no exercício da função pública, lavrar o Auto de Infração sempre que constatar o descumprimento das leis de defesa do consumidor. A constatação pode ser feita de ofício, por meio de denúncia ou através de reclamação do consumidor.

No mais, afiança a autora que o comercial publicitário utilizou frases costumeiras e imagens também comuns no intuito de divulgar o livro ilustrado "Disney Stars".



276 f

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

Ora, se assim o for, pode-se afirmar que a conduta de veicular publicidade de cunho abusivo ao público infantil é praticada de maneira reiterada, pois não se vislumbra nada de legal no teor das frases e imagens da promoção em comento.

Nessas razões, por tudo que se viu e por todos os ângulos a serem observados, a conclusão é uma só: a autora além de ofender frontalmente a legislação consumerista ao veicular publicidade enganosa quer por omissão, quer por comissão, também se aproveitou de deficiência de julgamento e experiência da criança.

4.2 – Da ofensa ao artigo 39, caput, do Código de Defesa do Consumidor.

Narra, ainda, o auto de infração nº 3201 que no *site* oficial do produto encontrava, na parte de baixo da página principal, o ícone em destaque “Achou o vale-brinde? CLIQUE AQUI”. Ao clicar, é aberta uma janela (*pop-up*), onde desfilam imagens de prêmios do vale-brinde verde, e aparecem dois botões: “Quero resgatar meu prêmio!” e “Ver posição do meu pedido”. Optando pelo botão “Quero resgatar meu prêmio!”, surge uma nova janela (*pop-up*), com o seguinte texto (fls. 310-314 do processo administrativo):



277g

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

Parabéns! Você é um dos milhares de ganhadores da promoção Disney Stars. Para se cadastrar e validar seu vale-brinde, você vai precisar do número do CPF. Caso seja menor de idade, use o CPF do pai ou responsável. Já pegou tudo? Clique aqui! (g.n)

Considerando que a probabilidade de um menor de idade acessar a tela mencionada é relativamente alta, já que o *site* é direcionado justamente a esse público, o comando “use o CPF do pai ou responsável”, é no mínimo reprovável por condicionar o acesso, destinado à criança, a informação de dado pessoal que deverá colher de terceiros (adulto); e, mais, **incita comportamento contrário às normas gerais de educação** que aconselharia a criança a pedir a ajuda de um adulto.

Ao invés disso, após o comando, vem a pergunta “Já pegou tudo?”, ou seja, o comando estimula a criança a simplesmente pegar o CPF, e permanecer sem a supervisão do responsável, configurando, a prática, à evidência, abusiva, nos termos do artigo 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas: (...).
(grifos nossos)

Aproveitando-nos, mais uma vez, dos estudos do Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

M
3



278g

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Prática abusiva (lato sensu) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São – no dizer irretocável de Gabriel A Stiglitz – 'condições irregulares de negociação nas relações de consumo', condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja sob o prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.¹⁴ (grifos nossos)

Diversamente, a autora aduz que não raro as atitudes adotadas para simplificar uma mensagem, como *in casu*, podem ser mal interpretadas, buscando-se uma segunda intenção que sequer teria sido pensada por seus responsáveis.

No que tange aos desígnios propriamente ditos, impende registrar que a intenção da ré é uma só, frise-se: elaborar e executar a Política de Proteção e Defesa do Consumidor no Estado de São Paulo e dentre as suas atribuições, está a de fiscalizar o cumprimento das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções.

Para o deslinde da causa, é irrelevante avaliar as intenções – *primeira ou segunda* - da autora, ou seja, se agiu ou não de boa-fé, já que a responsabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor é objetiva e a mera potencialidade de levar o consumidor a engano é suficiente para caracterizar a infração. Isto porque, a defesa do consumidor é dirigida à coletividade, exigindo-se tão somente a ocorrência do mero risco.

14. *Idem*, p. 294.



279g

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

Por outro lado, ainda que considerássemos por hipótese o protesto de que o objetivo teria sido *informar o menor de idade em linguagem simples*, não estaria isenta a autora do dever de cuidado ao prestar a informação para não incorrer em abuso, como aconteceu no presente caso, ao impelir expressamente às crianças para que “**use** o CPF do pai ou responsável!”, reforçando com o comando “Já **pegou** Tudo?”.

Nesse passo, interroga a autora à ré qual seria então o texto a ser utilizado com vistas a impedir novas acusações e sanções?

Não cabe á ré prestar consultoria publicitária a autora.

No entanto, apenas e tão somente como sugestão e em prol da educação consumerista, pondera-se que a substituição dos verbos *usar e pegar* por *pedir* já representaria conotação diversa, por exemplo, “**peça** o CPF ao seu pai ou responsável”. “Já **pediu** tudo?”.

Conclui-se, assim, que a conduta infratora imputada à autora, no que tange à prática abusiva restou configurada, remanescendo, incólume o auto de infração.

37



2804

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

4.3 - OFENSA AO ARTIGO 39, INCISO V, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

É dos autos, ainda, que a autora infringiu o artigo 39, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, ao realizar cobrança denominada “acréscimo ao valor do documento em boleto bancário relativo a assinatura da Revista VEJA”, conforme documentos de fls. 319/324 do processo administrativo, transferindo ao consumidor custo inerente à atividade econômica da empresa:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas:

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

A cobrança de taxa de emissão de boleto bancário constitui prática comercial abusiva por representar repasse indevido, ao consumidor, de despesas operacionais que devem ser suportadas pelo fornecedor, como conseqüência natural do exercício da sua atividade econômica, entendimento que encontra amplo respaldo na jurisprudência pátria.



2818

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

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵, em recente decisão proferida no Recurso Especial n. 794.752, datada de 18 de fevereiro de 2010 pacificou a questão ao decidir, em última instância, que a cobrança de tarifa pela emissão de boleto bancário ou ficha de compensação bancária é abusiva e constitui vantagem exagerada em detrimento dos consumidores.

Em seu voto, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, ressaltou que:

"(...) cabe ao consumidor apenas o pagamento da prestação que assumiu junto ao seu credor, não sendo razoável que ele seja responsabilizado pela remuneração de serviço com o qual não se obrigou, nem tampouco contratou, mas que é imposto como condição para quitar sua fatura recebida".

Na mesma linha o **E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**¹⁶:

TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor, não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os artigos 319 do Código Civil/2002 e 939 do Código Civil/1916 não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. (TJSP, Apelação Cível n. 70017148800, rel. Des. Dorval Bráulio Marques, Décima Quarta Câmara Cível, j. 26.10.2006).

¹⁵ No mesmo sentido: RESP. n° 899.287, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior e RESP n° 416.298, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

¹⁶ No mesmo sentido: Agravo de instrumento n° 7070336-3, 17ª Câmara de Direito Privado, Relator: Tércio Negrato, julgado em 28/11/2007; Apelação com Revisão n° 1167602-0/6, 31ª Câmara de Direito Privado, Relator: Adilson de Araújo, julgado em 02/06/2009.



282 f

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

CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVIDA A RESTITUIÇÃO SIMPLES DOS VALORES. REPETIÇÃO DE INDÉBITO AFASTADA. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os arts. 319 do Código Civil/20025 não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro ou cheque para ele receber o que lhe é de direito". (TJSP, Recurso Cível N° 71001176254, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, julgado em 27/02/2007).

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor também pacificou entendimento sobre a abusividade desta cobrança. O **Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC)** exarou a nota técnica 777/2005, datada de 05 de dezembro de 2005, na qual reconheceu a prática ora guerreada como abusiva e atentatória aos direitos dos consumidores, consoante excerto abaixo transcrito:

"É obrigação da instituição credora a expedição do carnê de pagamento, cujo custo não pode, conseqüentemente, ser transferido ao financiado. Afinal, o serviço contratado com o banco proporciona maior comodidade ao fornecedor, que não precisará disponibilizar pessoal da empresa para cumprir ditames da lei, ou seja, quitação regular do débito.

(...)

Admitir a licitude da cobrança dos valores relativos à emissão de boletos aos consumidores implicaria aceitar que o direito à quitação pode ser condicionado ao pagamento de tarifa bancária, o que é inadmissível, pois o direito estabelecido no art. 319 do novo Código Civil não está sujeito a nenhuma outra condição que não seja o pagamento puro e simples do débito. Essa modalidade de estipulação contratual, de qualquer forma, encontraria vedação expressa no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, por ser incompatível com os deveres decorrentes da cláusula geral de boa fé objetiva. Em suma, os custos com a atividade desenvolvida devem mesmo recair sobre o fornecedor, que auferes lucros com a mesma, e não sobre o consumidor, parte vulnerável e, muitas vezes, hipossuficiente."



2838

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

E nenhuma das justificativas apresentadas na petição inicial infirmam a abusividade da taxa de cobrança de boleto bancário.

Independente da existência de outras formas de pagamento é certo que a cobrança de taxa de emissão de boleto bancário constitui, divergentemente do entendimento da autora, prática ilegal por representar repasse indevido de custo operacional da empresa ao consumidor. E a oferta de outros meios de pagamento nada mais representa que uma maior capacidade de penetração da autora no mercado de consumo, destinado a amealhar novos consumidores que elegerão a melhor forma de pagamento das suas mensalidades.

Não afasta esta conclusão a eventual existência de previsão contratual que autorize a cobrança deste adicional, vez que cláusula com este conteúdo reputa-se abusiva por oportunizar vantagem econômica excessiva (art. 51, IV Lei 8.078/90). Ademais, os princípios da liberdade de contratar e *pacta sunt servanda* não são absolutos e sucumbem diante das normas de ordem pública e interesse social previstas na Lei 8.078/90.

Descumpra olvidar, todavia, que o custo do boleto em questão deve ser suportado unicamente pelo fornecedor, e, sendo assim, **qualquer outra cobrança que não se refira aos serviços prestados configura a exigência de vantagem excessiva.**

41



2898

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

5 - FUNDAMENTO JURÍDICO DA PENALIDADE E LEGALIDADE
DA PORTARIA PROCON Nº 26/06.

A aplicação de sanções no âmbito administrativo decorre do poder de polícia atribuído aos órgãos da Administração. Trata-se de ato administrativo de cunho punitivo que deriva do império do Poder Público sobre o interesse do particular, observado o princípio da legalidade prescrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, por força do art. 3º, XI, da Lei Estadual n.º 9.192/95, à Fundação PROCON compete o exercício do poder de polícia para fiscalizar o estrito cumprimento pelos fornecedores de produtos e serviços das normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor.

O dispositivo estabelece duas importantes regras: uma de *competência* para a imposição de penalidades e outra de *finalidade*, já que a punição de condutas infrativas busca persuadir o fornecedor ao estrito cumprimento dos comandos de ordem pública prescritos no Código de Defesa do Consumidor e, por ele não obedecidos.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, tais penalidades e seus limites qualitativos devem ser fixados por Lei.



285g

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

Esta tarefa é cumprida pelo Código de Defesa do Consumidor ao descrever, no art. 56, as penalidades aplicáveis. E no art. 57, cuida de estabelecer os critérios de fixação da pena de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor), bem como, seu valor mínimo e máximo: de 200 a 3.000.000 de UFIR's.

Estes são, portanto, os parâmetros legais a serem observados, **cumulativamente**, pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo. E, nesse passo, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 57, do Código de Defesa do Consumidor, pois, o estabelecimento de limites mínimo e máximo para a quantificação da multa administrativa visou atribuir à Administração Pública discricionariedade para arbitrá-la de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto a ela submetidos, com base na análise individualizada da gravidade da infração, vantagem auferida e porte econômico do ofensor.

Justamente com o escopo de dar concreção aos conceitos abertos contidos no art. 57, da Lei n.º 8.078/90 e, sobretudo, dar transparência ao procedimento de apuração da conduta infrativa e quantificação da multa, a Fundação PROCON editou a Portaria n.º 26/06, que tornou público todos os critérios por ela utilizados para definir e quantificar do que vem a ser infração grave, vantagem auferida e poderio econômico do infrator.

41



286 f

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

A regulação por Portaria, que tem lastro na competência concorrente do Estado para regulamentar relações de consumo contemplada pelo art. 55, da Lei n.º 8.078/90, não criou direitos nem obrigações. Cuidou de estabelecer critérios claros para a correta individualização da pena imposta ao fornecedor que descumpre a legislação consumerista, havendo ali expressa menção acerca das formas de apuração da vantagem econômica, gravidade da infração e porte econômico do infrator.

Não há, portanto, violação ao princípio da legalidade.

O argumento decorre da confusão que costumeiramente se faz entre os conceitos de norma jurídica e lei. Esta constitui uma das fontes das normas jurídicas que, embora seja a principal, não é a única.

Zelmo Denari¹⁷, ao analisar a questão, assevera que ao lado das normas jurídicas emanadas pelo Poder Legislativo, existem as normas não legislativas, provenientes de atos administrativos menos solenes como os decretos, circulares e portarias. Por conterem norma jurídica, assim como as leis, obrigam seus destinatários na medida das condutas que prescrevem.

¹⁷ "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto". 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 559.



287

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

Nesse passo, permite-se a edição de atos regulamentares, dentre eles as portarias, para disciplinar a aplicação de uma lei. De fato, não se trata de lei, mas de ato normativo que, dentro dos limites da lei a ser regulamentada, pode estabelecer quais são os critérios eleitos pela Administração Pública para a fixação de uma penalidade pecuniária.

Sem dúvida, é esse o caso dos autos, já que a Fundação PROCON, por meio da Portaria nº 26/06 que embasa a multa aplicada à autora, cuidou de dar transparência ao processo de fixação da multa ao estabelecer, 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:

***MULTA ADMINISTRATIVA.** Fixação pelo PROCON, por irregularidades na venda de produtos em supermercado. Inconformismo com a redução do valor da multa pela r. sentença. Admissibilidade. Sendo várias as irregularidades encontradas, e não apenas uma não se justifica a redução da penalidade, que foi fixada conforme os critérios legais. Recurso provido, para manter o valor da multa na forma fixada originalmente. (TJSP, Apelação Cível 604.226.5/3-0, 2ª Câmara de Direito Público, Relator Aloísio de Toledo César, julgamento 13/02/07).*

***CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** Ação anulatória de auto de infração e multa. Artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor. Multa fixada nos termos do art. 57. Inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da irretroatividade. Ação julgada improcedente. Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível 358.256.5-2/00, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Toledo Silva, julgamento 11/10/06).*

4:



288 f

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

PROCON. Multa imposta ao Pão de Açúcar por violar o art. 31 do CDC, ao cobrar preço maior que o anunciado nas prateleiras e etiquetas e bem assim por anunciar venda de produtos em promoção por preço superior ao informado. Atos administrativos que gozam da presunção de legitimidade. Infrator que teria, então, de comprovar a não ocorrência das infrações. Inversão do ônus da prova. Portaria que definiu os critérios de dosagem do valor da multa que não padece de qualquer nulidade. Multa arbitrada dentro dos parâmetros indicados no art. 57 do CDC. Ação declaratória de nulidade improcedente. Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível 424.652.5/5-00, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Urbano Ruiz, julgamento 22/11/05).

5.1 - ANÁLISE DO CASO CONCRETO - DA MULTA APLICADA À AUTORA.

No caso em tela, à autora, foi imposta multa administrativa no importe de R\$ 322.936,06 (trezentos e vinte e dois mil, novecentos e trinta e seis reais), com a incidência da circunstância atenuante pela primariedade, consoante se pode inferir da decisão administrativa condenatória proferida em "1ª instância" (fls. 420 do processo administrativo), a qual foi mantida quando do julgamento do recurso administrativo (fls. 452 processo administrativo). Detalhamento a fls. 331 do processo administrativo

O valor levou em consideração, apenas, seu porte econômico e a gravidade da infração, já que sob a rubrica *vantagem conferida* não houve acréscimo algum à multa, favorecendo, destarte, o concededor, conforme se infere do demonstrativo de cálculo acostado às fls. 1 do processo administrativo.



2898

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

Considerando o grande porte econômico da autora, empresa de grande projeção nacional, o valor da multa não poderia ser tão baixo a ponto de lhe retirar seu imprescindível caráter punitivo e educativo, porquanto deve ser apta a gerar ressentimento financeiro ao infrator. Deve ela ser proporcional ao seu porte econômico e à gravidade da infração, desconsiderada, *in casu*, a vantagem financeira, porquanto não apurada.

E, por respeito ao dever de transparência e de motivação dos atos administrativos, passemos à análise dos critérios adotados pela Fundação PROCON para apuração da condição econômica da autora e do grau de lesividade da sua conduta.

5.2 - DA FORMA DE APURAÇÃO DO PORTE ECONÔMICO

A Portaria nº 26/06, dispõe sobre os critérios de apuração da condição econômica do ofensor. A receita mensal bruta do fornecedor referente, de preferência, aos três meses contemporâneos à infração, constitui a base de cálculo do valor da multa.

Um dos objetivos da pena pecuniária é desestimular os infratores, e se a multa tivesse valor irrisório, muito provavelmente o transgressor não se sentiria incomodado e o ato punitivo não atingiria seu fim – demovê-los da reiteração das condutas que afrontem o Código de Defesa do Consumidor.



290
f

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

É por isso que seu valor deve ser proporcional ao porte econômico da empresa, enquanto forma de tratar desigualmente os desiguais, corolário do princípio da igualdade material prescrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

E a Portaria nº 26/06 estabeleceu a possibilidade do infrator comprovar sua receita mensal média, através de documento hábil. Nota-se pelas cópias do processo administrativo que a autora, em todas as oportunidades que teve para se manifestar não impugnou o valor estimado, razão pela qual, não restou à Fundação outra alternativa que a de manter a estimativa da receita.

Observa-se que nem mesmo agora, na esfera judicial, a autora se dignou a demonstrar o valor de sua receita por meio de documentos hábeis, e se não o fez, por óbvio é porque o valor real de sua receita é muito superior ao estimado.

Acrescente-se que, o artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor determina que a condição econômica a ser considerada é a do estabelecimento atuado e não a relativa a alguns produtos, razão pela qual merece acolhida a tese de que deveria ser considerado somente a receita do produto.



2918

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON
5.3 - GRAVIDADE DA INFRAÇÃO E VANTAGEM AUFERIDA.

A gravidade das infrações cometidas pela autora é evidente.

Desrespeitou em diversas oportunidades os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, seja exigindo vantagem manifestamente excessiva, seja enviando produtos sem solicitação, seja veiculando publicidade capaz de induzir em erro o consumidor.

Por essa razão, as condutas mereceram justa reprimenda na seara administrativa. A proteção dos direitos do consumidor constitui não apenas garantia fundamental do indivíduo inserida em cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, XXXII), mas também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V) que tem por base a valorização da atividade humana e a livre iniciativa.

A graduação da gravidade, por sua vez, seguiu os critérios prescritos na Portaria n.º 26/06. Com base na análise do caso concreto e na lesividade da conduta, a Fundação PROCON, no exercício do seu poder discricionário, enquadrou as infrações no “grupo III”, numa graduação que vai de I a IV, haja vista o largo potencial ofensivo das condutas objeto da punição administrativa.

4



2928

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

Quanto à vantagem auferida pelo fornecedor, é certo que nenhum acréscimo à penalidade houve com base nesse motivo (vide expressão “vantagem não apurada” no demonstrativo de arbitramento da multa – fls. 331, dos autos do processo administrativo).

Nesse passo, a não constatação de vantagem não impede a aplicação da penalidade. Tal colocação deriva da falsa premissa de que os três critérios previstos no art. 57, *caput*, da Lei n.º 8.078/90 são dependentes entre si, o que não é verdade.

Dizer que sem apuração de vantagem (ou “proveito econômico” como quer a autora) não há multa ou infração significa desconsiderar a importância dos outros critérios previstos no art. 57, *caput*, da Lei n.º 8.078/90.

Se aceito o argumento, teríamos que forçosa e desarrazoadamente concluir que, em casos como os de falta pura e simples de indicação de preço nas mercadorias, onde não se apura qualquer vantagem econômica, nenhuma penalidade poderia ser aplicada ao fornecedor, apesar da clara infração ao dever de informação prescrito no art. 31, do mesmo diploma legal.



2938

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

5.4 - INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE - SUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO E DA MULTA.

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada à autora acima do patamar mínimo legal é justa e escorreita e decorre de flagrante afronta aos comandos dos artigos 37, §§1º e 2º, 39, "caput" e inciso V, todos do Código de Defesa do Consumidor. A Administração Pública, na pessoa da Fundação PROCON, exerceu o poder de polícia que lhe foi conferido pela Lei Estadual n.º 9.192/95, dentro das normas regulamentares impostas pela Portaria n.º 26/06 e, dos limites qualitativos e quantitativos previstos nos artigos 56 e 57, do Código de Defesa do Consumidor, no exercício da sua discricionariedade.

Não fere ela o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Isso porque seu *quantum*, compatível com o porte econômico da autora, tem por finalidade gerar ressentimento financeiro em grau suficiente para ser capaz de demovê-lo da reiteração da prática infrativa e educá-lo no sentido de que as regras de ordem pública prescritas na Lei n.º 8.078/90, devem ser respeitadas.



299 f

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

O valor da multa (R\$ 322.936,06) por sua vez, equivale a cerca de 0,27% da receita mensal estimado da autora (R\$ 118.354.356,00 – fls. 331). Fácil perceber, portanto, que a alegação de falta de razoabilidade e proporcionalidade não se justifica.

Por outro lado, eventual redução ou não aplicação da multa contrariará não só os artigos 56, inciso I, e 57, *caput*, e parágrafo único, da Lei n.º 8.078/90 como, também, extrapolará o limite imposto pelo artigo 2º, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da separação dos poderes, em razão de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo que levou à aplicação da penalidade à autora e sua quantificação.

Da mesma forma, eventual determinação de recálculo da multa, além de afrontar o princípio da separação dos poderes, mostrar-se-á medida inócua.

Como a Fundação PROCON deve estrita obediência aos comandos contidos no artigo 57, do Código de Defesa do Consumidor e às Portarias que edita, os critérios que serão utilizados no recálculo determinado serão exatamente os mesmos que redundaram no valor originalmente imposto à autora.



295 f

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

Ou seja, efetivado o recálculo, o *quantum* da multa continuará o mesmo.

5 - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração aos artigos 37, §§1º e 2º e 39, “caput” e inciso V, todos da Lei 8.078/90, do Código de Defesa do Consumidor, a legalidade dos critérios utilizados pela Fundação PROCON para o arbitramento da multa que foi imposta à autora 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, requer a total improcedência da ação, condenando-se a autora nos consectários da sucumbência.

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



296f

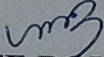
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Requer, ainda, que as intimações os atos processuais seja feita em nome dos Procuradores **Maria Bernadete Bolsoni Pitton** – OAB/SP 106.081; **Paula Cristina Rigueiro Barbosa Engler Pinto** – OAB/SP 127.158; e **Valter Farid Antonio Junior** – OAB/SP 146.249.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, quinta-feira, 12 de maio de 2011.


MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081