

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

Proc. PROCON  
513 08 FLS  
394

FUNDAÇÃO  
PRO  
CON  
SP

esta na

698 f



### MANIFESTAÇÃO TÉCNICA

Autos: nº 513/2008  
Interessado: EDITORA ABRIL S/A  
Auto de infração nº 3201 – Série D6

Trata-se de processo administrativo sancionatório que visa apurar condutas da empresa em epígrafe, a seguir descritas e enquadradas como violadoras dos seguintes dispositivos do Código de Defesa do Consumidor:

- (i) **art. 37, § 1º**, haja vista a veiculação de campanha publicitária com informações essenciais omissas, capazes de induzir o consumidor em erro, bem como gerar falsa expectativa no público consumidor;
- (ii) **art. 37, §2º**, ao promover publicidade que aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, utilizando-se de práticas em publicidade, inclusive, repudiadas pelo CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária;
- (iii) **art. 39, caput**, devido a disponibilização, no *site* da empresa, de *links* com comandos contrários às boas maneiras e atitudes responsáveis a menor de idade, aproveitando-se de sua deficiência de julgamento e experiência;
- (iv) **art. 39, V**, tendo em vista a realização de cobrança denominada “acréscimo ao valor do documento em boleto bancário relativo a assinatura da Revista VEJA”, transferindo ao consumidor custo inerente à atividade econômica da empresa.

Mediante notícia das condutas infratoras e pesquisas realizadas (fls. 07/329), procedeu-se à lavratura do auto de infração (fls. 02/05), visando-se o início do processo administrativo sancionatório.

*[Handwritten signature]*



Regularmente citado (fls.334), no prazo para resposta, o Interessado apresentou defesa (fls.335/392), contrapondo-se à autuação realizada pelos agentes fiscalizadores, por intermédio da exposição dos seguintes fatos:

- (i) a base de cálculo utilizada pela Fundação para fixação da multa teria sido realizada com visível incorreção, eis que teria sido calculada com base em receita mensal bruta estimada, devendo a multa incidir sobre o faturamento do produto específico sobre o qual a empresa teria auferido vantagem, não levando em consideração faturamento de todas as demais atividade econômicas;
- (ii) quanto ao mérito, todas as infrações atribuídas ao produto "Disney Stars" teriam partido das análises e dados fornecidos pelo Instituto Alana, a partir do projeto denominado Criança e Consumo, a qual teria requerido a interrupção imediata da promoção "Um Milhão de Prêmios", concluindo a Fundação pela existência das irregularidades;
- (iii) no entanto, haveria um erro nas fls. 08/10 da representação encaminhada por aquela Instituição, na medida em que faria remissão a uma Parecer da SEAE, cujo teor não seria conhecido pela empresa, concluindo, após menção também de um texto de um profissional de psicologia, de maneira distorcida, ao final;
- (iv) teria sido a própria SEAE a responsável pelo deferimento do pedido de realização da referida ação promocional do Livro Ilustrado Disney Stars, tal como já teria sido feito em inúmeras outras oportunidades, fazendo constar expressamente a sua intenção de distribuir 1.015.700 prêmios;
- (v) especificamente em relação ao art. 37, §1º, do CDC, o tratamento tributário dado a um prêmio entregue a uma ação promocional seria completamente diferente daquele dado para o simples caso de entrega de brindes;

J



700 J

(vi) ademais, não teriam sido devidamente atentados os números e percentagens comumente verificados em ações promocionais de produtos distribuídos em grande quantidade, sendo a relação de 4,8% de envelopes premiados altíssima para o referido tipo de promoção;

(vii) no que tange a violação do art. 37, §2º, o comercial teria sido realizado por terceiros, isto é, uma agência especializada na elaboração de peça publicitária, configurando-se como única responsável por seu conteúdo;

(viii) a prática de cobrança de boleto bancário, a empresa informaria aos consumidores que possuiria preços de venda diferenciados de acordo com a modalidade de cobrança escolhida.

É a síntese do necessário.

Manifesta-se.

### 1. Da Impugnação do Valor da Multa.

*Ab initio*, defende o Interessado que a base de cálculo utilizada pela Fundação para fixação da multa teria sido realizada com visível incorreção, eis que teria sido calculada com base em receita mensal bruta estimada, devendo a multa incidir sobre o faturamento do produto específico sobre o qual a empresa teria auferido vantagem, não levando em consideração faturamento de todas as demais atividade econômicas.

Entretanto, a referida tese não merece colheita. O critério reputado pela empresa autuada como mais justo, não pode ser aplicado, já que a Portaria 26/2006, responsável pelo balizamento dos critérios de apuração da multa ditados pela Administração Pública, dentro dos limites de sua discricionariedade, determina como um dos fatores de apuração da multa o **faturamento global bruto da empresa infratora**, sendo defeso à empresa inovar nesse sentido. Trata-se de norma geral e aplicável a todos os fornecedores punidos com multa quando da infração das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

J



702 J

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 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

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

Em virtude do princípio da legalidade estrita, tais penalidades e seus limites qualitativos devem ser fixados por Lei. Esta tarefa é cumprida pelo Código de Defesa do Consumidor ao descrever, no artigo 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.

Esses são, portanto, os parâmetros legais a serem observados pela Fundação Procon no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo. O art. 57 do Código de Defesa do Consumidor estabelece os limites mínimo e máximo para a quantificação da multa administrativa, visando atribuir à Administração Pública discricionariedade para arbitrá-la de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, 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 8.078/90 e, sobretudo, dar transparência ao procedimento de apuração da

J



402 J

conduta infratora e quantificação da multa, a Fundação Procon editou a Portaria nº 26/06, a qual tornou público todos os critérios utilizados para definir e quantificar a pena.

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

A legalidade das portarias normativas editadas pela Fundação tem sido reiteradamente reconhecida não só pelos dignos magistrados das Varas da Fazenda Pública como também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

**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).

**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)

No caso em tela, ao Interessado foi imposta multa administrativa no importe de R\$ 484.404,09 (fls. 331), levando em consideração apenas seu porte econômico e a gravidade da infração, já que sob a rubrica **vantagem auferida** não houve acréscimo algum à multa, favorecendo, destarte, o fornecedor, conforme documento anexo.

J



703 f

O art. 17 da Portaria 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, critério que já é utilizado por outras normas para distinção do porte econômico de empresa (Lei n.º 9.317, de 05.12.1996, e no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei n.º 9.841, de 05.10.1999).

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.

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. Foi assim que, com base no art. 17 da Portaria PROCON 26/06, a Fundação calculou o valor da multa com base em estimativa do faturamento bruto mensal, não tendo o Autuado, até o presente momento, apresentado documentos comprobatórios de sua real receita, nos termos da referida norma, conforme certidão de fls. 393.

A graduação da gravidade, por sua vez, seguiu os critérios prescritos no art. 15 da Portaria 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, o que bem demonstra que a Fundação PROCON, ao contrário do que consta na petição inicial, sopesa a gravidade da infração quando do arbitramento das multas que impõe.

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada é justa e decorre de flagrante afronta aos comandos do Código de Defesa do Consumidor, não ferindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já que seu *quantum*, compatível com o porte econômico do Autuado, tem por finalidade gerar ressentimento financeiro em grau suficiente para ser capaz demovê-lo da reiteração da prática infratora e educá-lo no sentido de que as regras de ordem pública prescritas na Lei 8.078/90 devem ser respeitadas.



2. Das Infrações.  
Considerações iniciais.

*Prima facie*, importante consignar que a autuação pode ter como fundamento a constatação da infração a partir da notícia da conduta infratora, por intermédio, por exemplo, de outros órgãos e instituições, bem como da reclamação de consumidores, jornais, revistas; ou, ainda, da diligência fiscalizatória, de ofício, pelo agente fiscal.

A partir do momento que a notícia chega ao conhecimento da Fundação, são realizadas pesquisas e análises pelos agentes fiscais, visando verificar a veracidade das informações. A autuação somente ocorre mediante prova, como por exemplo, a constatação *in locu*, pelo agente fiscal, ou indícios (conforme autoriza o art. 2º, da Portaria Normativa Procon nº 26/06) de que a conduta irregular ocorreu.

A empresa autuada tem todos os princípios constitucionais devidamente assegurados no processo administrativo, sendo apenas imposto o pagamento da multa, após transitado em julgado o processo administrativo sancionatório.

Tudo isso para demonstrar que o auto de infração não foi simplesmente lavrado com base nos dados apresentados pelo Instituto Alana, pelo contrário, em cima das informações fornecidas foram realizadas novas pesquisas (fls. 305/329), por meio das quais, foram devidamente constatadas as irregularidades apresentadas pelo Instituto, e, ainda, **outras práticas indevidas, que, sequer, haviam sido comentadas pelo mesmo**, como, por exemplo, a imposição, no *site*, de que a criança informasse o CPF de um dos pais ou responsáveis para ter acesso ao *link* do prêmio; ou ainda, a autuação pela cobrança de emissão de boleto bancário.

De modo que os argumentos do Autuado, em relação aos dados trazidos pelo Instituto, desde logo, encontram-se afastados. E, ainda que assim não o fosse, apenas a título de complementação, vale dizer que muitos das informações enumeradas pelo Instituto foram extraídas do próprio *site* da empresa, como a tabela transcrita às fls. 09, constante senão do Regulamento da Promoção (fls. 47).



105f

Quanto aos eventuais pareceres juntados pelo Instituto, estes apenas fortalecem a constatação da conduta infratora, não sendo analisados de forma isolada.

Dessa forma, passemos à análise das infrações uma a uma.

### 2.1. Ofensa ao art. 37, §1º, do CDC.

Relata o ato inaugural do presente processo administrativo que o Interessado comercializa o 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.

Ao lançar o produto no mercado, a empresa divulgou 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 referidos 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.

Ocorre que, muito embora houvesse a distribuição de dois tipos de vale-brinde, o comercial de televisão, disponível também no *site* oficial do produto<sup>1</sup>, **destacava exclusivamente os prêmios vinculados ao vale-brinde verde**, como Cartão Panamericano – sem função de saque, com R\$ 100,00 (cem reais) para gastar; aparelho MP5 marca Dynacom; aparelho MP3 marca Dynacom; caixa de som para computador, modelo PSS, marca Dynacom; Video Game PC Game marca Dynacom; Video Game Dynavision Xtreme, marca Dynacom; controle joystick marca Dynacom; aparelho MP4 marca Dynacom; kits de shampoo e condicionador Hydrogen; brinquedo Banho Mágico marca Estrela; boneco Dragon Corse Cavaleiro, marca Estrela; boneco Dragon Corse Dragão, marca Estrela; brinquedo Super Massa,

<sup>1</sup> [www.disneyestars.com.br](http://www.disneyestars.com.br), o qual direcional para o endereço eletrônico <http://jovem.abril.com.br/hotsites/dinesystars/index.shtml>



706f

marca Estrela; boneca Fofote, marca Estrela; DVD – Os Incríveis Disney; bicicleta aro 20  
marca Caloi; bolas de Vôlei Recreio; os quais correspondiam a 1,5% do total distribuído (fls.  
47).

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”.

Relaciona-se abaixo algumas das características analisadas no referido  
comercial:

- (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;
- (v) várias crianças aparecem achando vales-brinde, “pulando de alegria”;
- (vi) crianças fazem as chamadas: (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”.

J



407f

A campanha explora o slogan "mais de um milhão de prêmios", conforme ilustra a capa do álbum de figurinhas (fls.50), porém omitindo tanto do comercial quanto da foto da capa que o brinde que corresponderia ao pacote de figurinhas, o qual somaria 98,5% do total de prêmios.

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.<sup>2</sup> (grifos nossos)

Além disso, chama a atenção que em todo o material de divulgação analisado não é focado o produto em si: o álbum de figurinhas. Destaca-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. **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.**

Nessa linha, a tese do Interessado no sentido de que tal estratégia seria rotina no mercado, afirmando que "a relação de 4,8% de envelopes premiados é altíssima para o referido tipo de promoção", não prevalece.

De acordo com os dados dispostos no verso da capa do álbum, "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, 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

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



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 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).

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

A enganabilidade 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.<sup>3</sup> (grifos nossos)

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



709f

A publicidade analisada leva à interpretação de que os 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!”.

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, temos 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 de querer tolher a liberdade de expressão e, o poder de criação dos profissionais da área, conforme preconiza o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, na obra *Manual de Monitoração de Publicidade com Base no CDC*, 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.

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, pois ao invés da promoção estimular as vendas do produto álbum de figurinhas, este serve tão 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.**

f



7108

Tanto o é que, na página principal do site "Disney Stars", encontram-se os links: "Prêmios", "Regulamento" (da promoção), "FAQ", "Vale-Brinde", "Figurinhas faltantes", "Fale conosco" e "Comercial de TV", sendo que das sete opções apenas uma remete especificamente ao álbum: "Figurinhas faltantes". Em "FAQ" (perguntas frequentes), estão dispostas 31 perguntas, **todas referentes a promoção.**

É preciso lembrar que uma promoção comercial visa alavancar as vendas de determinado produto no mercado. É uma ferramenta de incentivo de vendas, tanto para quem já o consome, quanto para atrair novos consumidores a experimentá-lo. Sua existência deve ser independente de qualquer promoção.

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 aos número de vale-brindes alaranjados; ainda mais sendo o público-alvo do produto, o público infantil.

A publicidade enganosa é vedada pelo CDC, nos termos do artigo 37, conforme segue:

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

§ 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)

1

J



1118

As normas que cuidam da informação ao público, dentre elas, o Código de Defesa do Consumidor, têm por objetivo permitir aos interessados a tomada de decisão acerca da contratação ou não de determinado produto ou serviço.

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.**

Quanto à autorização da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, justificada no Parecer nº 06532/2007/RJ COGCE/SEAE/MF, Processo Administrativo de Prêmios e Sorteios nº 18101.000546/2007-72, esta contraria o próprio disposto no artigo 11, inciso VII, do Decreto nº 70.951/72, que regulamenta a Lei nº 5.768/71, a qual dispõe sobre a distribuição gratuita de prêmios mediante vale-brinde:

**Art 11. Não serão autorizados os planos que:**

(...)

VII – tenham por condição a distribuição de prêmios com base na organização de séries ou coleções de qualquer espécie, tais como símbolos, gravuras, cromos (“figurinhas”), objetos, rótulos, embalagens, envoltórios, nos termos das instruções da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda; (...). (grifos nossos)

A competência para fiscalizar as relações de consumo é dos órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, de modo que a atuação procedida pela Fundação Procon não se confunde com eventual atuação efetivada pela SEAE, restando a promoção, da forma como foi realizada, contrária aos mandamentos da Lei Federal nº 8.078/90 e demais normas correlatas.

Por derradeiro, a questão tributária suscitada pelo Interessado é ônus do fornecedor ao lançar mão da promoção e distribuição de brindes, não interferindo no dever de cumprir as demais legislações, em especial, o CDC.

f



7128

Assim sendo, sempre que a lei consumerista for violada, a Fundação Procon é o órgão legitimado a fiscalizar e tomar as providências necessárias a aplicar as respectivas sanções administrativas.

### 2.2. Violação do art. 37, §2º, do CDC.

Ato contínuo, considerando o público-alvo da promoção, crianças de 6 a 12 anos, conforme consta no *site* da Dinap (empresa responsável pela distribuição do produto), tem-se as seguintes observações.

É notória a condição de vulnerabilidade e hipossuficiência da criança. De tal maneira, o legislador tutelou a infância em nosso ordenamento jurídico, incluindo no Código de Defesa do Consumidor a seguinte garantia:

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**, despreze 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)

Embora não haja uma definição legal de **publicidade abusiva**, pode-se conceituá-la como sendo toda publicidade que ofende valores morais e princípios jurídicos fundamentais da sociedade, pois tanto a moral quanto o direito têm fundamento ético comum.

Paulo Jorge Scartezini Guimarães<sup>4</sup> 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”.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. “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)



113

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".<sup>5</sup>

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."<sup>6</sup> (grifos nossos)

Com base em todo o exposto, e posterior análise minudente da publicidade, **o comercial de tv apresenta características que apontam irregularidades.** O próprio Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, em seu Código

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> MENEZES, Michele Araújo de. "A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda", 2006, Monografia (Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 36-40. Disponível: <<http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>>. Acesso em: 01 de junho de 2007.



Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, Capítulo II – Princípios Gerais, Seção II –  
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)

Contrário ao estipulado, o **comercial 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 técnica e

A



eticamente recomendáveis, não aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Em relação à defesa do Interessado, na busca de excluir sua responsabilidade com base no fato da publicidade ter sido realizada por uma agência especializada na elaboração de peça publicitária, configurando-se como única responsável por seu conteúdo, esta não traduz qualquer fundamento.

Ora, primeiro, o CDC prevê a **responsabilidade objetiva**, ou seja, aquela que independe da análise de culpa do fornecedor; e, segundo, a **responsabilidade solidária** entre os fornecedores da cadeia de consumo.

O que se quer dizer é que não há que se falar em responsabilidade exclusiva da agência publicitária. Frente ao CDC, **o anunciante e o publicitário<sup>7</sup> são solidariamente responsáveis**. Valemo-nos de alguns dos artigos do CDC que tratam das infrações penais, v.g.:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código incide nas penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade (...).

Maria Elizabete Vilaça Lopes<sup>8</sup>, citando o Direito estrangeiro, bem como nosso diploma consumerista, declara: "O Direito francês, diz que o anunciante é responsável a título principal pela infração cometida, podendo ser condenados como cúmplices, nas condições do Direito comum, os agentes de publicidade e os meios de difusão. O Código português da

<sup>7</sup> Anunciante é a pessoa física ou jurídica, interessada em promover, por meio de publicidade, a venda de seus produtos ou serviços. Em geral é o fabricante, o comerciante. A agência é o prestador de serviços ao anunciante, com o fim de promover produto ou serviço, junto aos consumidores, através da definição de estratégias publicitárias. O veículo tem a função de levar a mensagem, encomendada pelo anunciante à agência, até o consumidor. São exemplos de veículo: jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, cartazes, *outdoors*, etc. (LOPES, Maria Elizabete Vilaça. *O Consumidor e a Publicidade*, in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1. p. 155/156).

<sup>8</sup> LOPES, Maria Elizabete Vilaça. Ob. cit., p. 181 e 182.





Fls. 169

publicidade diz que podem ser punidos como co-autores o anunciante, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça atividade publicitária, ou o titular do suporte publicitário e qualquer outro interveniente na emissão da mensagem. **O Código do Consumidor, no parágrafo único de seu art. 7º, estabelece que, tendo a ofensa mais de um autor, todos responderão solidariamente.**

Nelson Nery Júnior também ressalta a respeito da **responsabilidade solidária**, que, "havendo mais de um autor dos danos, todos eles responderão solidariamente pela reparação, segundo o art. 7º, parágrafo único, do CDC".<sup>9</sup>

Ademais, o próprio Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária dispõe sobre o tema:

Art. 3º. Todo anúncio deve ter presente a **responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade** e do Veículo de Divulgação junto ao consumidor. (grifos nossos)

Não obstante, ao contratar a agência publicitária, o fornecedor (anunciante) informa as diretrizes a serem seguidas pelos publicitários, apresenta o produto que pretende dispor no mercado para realização da campanha e, posteriormente, ANTES de divulgada, autoriza a publicidade.

Todos os passos da agência publicitária, como *layouts* e rascunhos, são submetidos à prévia aprovação do cliente, no caso, o anunciante do produto. De modo que não há como a Editora Abril excusar-se de responsabilidade. Tudo passou por suas mãos antes da divulgação na mídia, tendo aprovado a publicidade, na forma enganosa e abusiva.

Portanto, fato é que toda publicidade deve respeitar os limites fixados pelo legislador e pela própria sociedade, além disso, não podendo colidir com interesses públicos de ordem superior que se sobrepõem às intenções comerciais das empresas.

<sup>9</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 60.



7278

### 2.3. Infração do art.39, caput, do CDC.

No *site* oficial do produto, ainda, encontra-se, 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:

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!.

Considerando 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 art. 39, *caput*, do CDC:

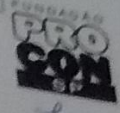
**Art. 39 É vedado** ao fornecedor de produtos ou serviços **dentre outras práticas abusivas:** (...). (grifos nossos)

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

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.<sup>10</sup> (grifos nossos)

Idem. p. 294.





7128

Não obstante, ainda é possível considerar abusiva a distribuição de cartões financeiros com R\$100,00 (cem reais) de crédito para crianças. Diferente dos demais prêmios, o "dinheiro plástico" não é produto desenvolvido para crianças ou possui função intrínseca de lazer ou educação. O dinheiro é meio de troca, logo pode viabilizar a concretização de aquisições indesejáveis e contrárias à infância saudável, ou simplesmente contrárias às regras de educação dos pais do premiado.

Por tudo que se viu e diante dos documentos acostados aos autos, restam afastados os rasos argumentos trazidos pelo Interessado, sendo clara a caracterização da prática abusiva, motivo pelo qual, perfeitamente aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, para que se garanta a plena proteção da legislação consumerista àqueles que encontram-se expostos a tal prática.

#### 2.4. Ofensa ao art. 39, V, do CDC.

Por fim, o Atuado infringiu o art. 39, V, do CDC, ao realizar cobrança denominada "acréscimo ao valor do documento em boleto bancário relativo a assinatura da Revista VEJA", conforme documentos de fls. (319/324), 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.

Em momento algum o Interessado nega a conduta infratora, pelo contrário, a confirma, mas busca eximir-se de sua responsabilidade sob o falho argumento de a empresa informaria aos consumidores que possuiria preços de venda diferenciados de acordo com a modalidade de cobrança escolhida.



O argumento não merece colheita. Não é porque o consumidor tem conhecimento acerca da cobrança que esta deixa de ser indevida, basta a mera exigência de pagamento daquilo que não seria devido pelo consumidor, para que reste constatada a conduta infratora.

Com efeito, Nelson Nery Junior ao comentar sobre a vantagem exagerada, sinônimo de vantagem excessiva, doutrina que:

(...) toda estipulação que trazer vantagem ao fornecedor, de cujo teor constar ofensa aos princípios estabelecidos no CDC, será presumivelmente exagerada a vantagem, podendo, conforme o caso, ensejar a nulidade da cláusula, de acordo com o inciso XV.<sup>11</sup>

Consoante a letra do artigo 4º, inciso I, CDC, o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, devendo ter esta condição reconhecida e respeitada, no elo entre ele e os fornecedores de produtos ou serviços:

O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco. O autor dessa frase, ao contrário do que possa parecer, não é qualquer consumerista exacerbado. Ao contrário, é o 'pai da produção em série', ninguém menos que o célebre magnata da indústria automobilística Henry Ford, conforme nos dá conta Paulo Rónai.<sup>12</sup>

A preservação da boa-fé e da lealdade do fornecedor e do consumidor é essencial ao desenvolvimento normal e válido das relações contratuais de consumo. Como corolário, torna-se reprimível a prática comercial que desatender aos princípios e normas prescritos na codificação e na legislação extravagante pertinente.

À luz dos ensinamento de Claudia Lima Marques acerca dos comandos do CDC, destacamos:

Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para estabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade', das

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 1999, p. 520.

*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover e Paulo, 8ª edição, Editora Forense Universitária, p. 61, comentários ao artigo 4º, da lavra de José Geraldo Brito Dinamo.

d



expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática.<sup>13</sup>

O repasse ao consumidor de um custo inerente à própria atividade empresarial, impõe ao mesmo o pagamento de encargos que configuram ônus e risco da própria atividade exercida.

Vejamos julgados acerca do assunto:

"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).

"(...)3. 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.(...)" (TJ-**RS- Embargos Infringentes - Sétimo Grupo Cível - processo nº 70018861823 - - Embargante: Banco Abn Amro Real S/A, Embargado: Paulo da Silva**).

Outrossim, é oportuno mencionar que recentemente o Conselho Monetário Nacional aprovou a resolução 3693/2009, de 26.03.2009, a qual veda expressamente a cobrança de despesas de emissão de boletos, conforme se nota:

Art. 1º - A cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

§1º Para efeito desta resolução:

I - considera-se cliente a pessoa que possui vínculo comercial não esporádico com a instituição, decorrente de contrato de depósito, de operação de crédito

<sup>13</sup> "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor". 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.693 (grifos nossos)



7218

ou de arrendamento mercantil, de prestação de serviços ou de aplicação financeira;

II- os serviços prestados a pessoa física são classificados como essenciais, prioritários, especiais e diferenciados;

III- não se caracteriza como tarifa o ressarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros, podendo seu valor ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

§2º - Não se admite o ressarcimento, na forma prevista no inciso III do §1º, de despesas de emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados. (grifos nossos)

Seria por demais conveniente ao fornecedor, colher todas as vantagens do negócio e transferir eventual ônus ao consumidor. Isto configura absoluta inversão de valores. Por óbvio, não pode pretender o Autuado, a tutela de seu abusivo procedimento.

Posto isso, o verbo e seu respectivo complemento, presentes no antecedente da norma jurídica aplicável ao caso concreto, descreve a conduta praticada e remete à conclusão de que, efetivamente, deu-se por instaurado o fenômeno jurídico da incidência da norma sobre o fato, operando-se a eficácia jurídica da norma.

### 3. Regularidade do Procedimento.

Pertinente ao procedimento salienta-se que incumbe à Administração realizar, de ofício, o controle da legalidade de seus atos, em observância ao princípio da Autotutela.

No presente caso, observa-se não haver nenhum vício que possa dar causa à nulidade do feito.

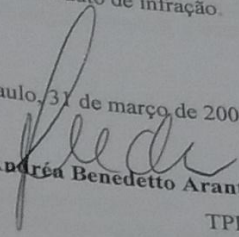
Acerca das diligências fiscalizatórias, nota-se que a lavratura do Auto de Infração foi realizada por agentes fiscais, devidamente autorizados pelo Poder Público.



722


Ante o exposto, com fundamento nos artigos 56, I, e 57 da Lei 8.078/90 e nas Portarias Normativas PROCON, manifesta-se pela **SUBSISTÊNCIA** do auto de infração.

São Paulo, 31 de março de 2009.

  
Andréa Benedetto Arantes

TPDC

De acordo. AJ/PGE,

  
Maria Bernadete Bolsani Pitton  
Procuradora do Estado