758

Pol

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - FAZENDA PÚBLICA.

TJ-SP1-3.14-FZPUB/AC/TR-06-fev-2013-14:15-710374-2/3
TJSP-OF.FAZ.PUBLICA-06/FEV/2013 09:36 002523

Autos nº. 0008196-14.2011.8.26.0053

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

A **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP,** pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n º 57.659.583/0001-84, pela Procuradora do Estado que esta subscreve, nos autos da ação em epígrafe movida por **SUCOS DEL VALLE DO BRASIL LTDA**, vem, respeitosamente perante V. Exa., interpor recurso de ***APELAÇÃO*** com base nos argumentos de fato e de direito constantes na minuta anexa.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2013

PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO
Procuradora do Estado
OAB/SP 127.158

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

RAZÕES DE APELAÇÃO

Apelante: **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP**
Apelada: **Sucos Del Valle do Brasil LTDA.**

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Nobres Julgadores,

1. DOS FATOS

Trata-se de ação anulatória de auto de infração e multa lavrados pela Fundação PROCON/SP por violação ao art. 37, parágrafo 2º da lei 8.078/90 (CDC) em razão da veiculação de publicidade abusiva que prevalecia da deficiência de julgamento e inexperiência da criança.

A publicidade, nominada "*Promoção Del Valle Espremidinhos*", era dirigida ao publico infantil e estimulava o consumo exagerado de produtos alimentícios de questionável teor nutricional, cuja aquisição não se dava pela real necessidade de consumo do produto, mas pelo completamento de coleção composta por 05 (cinco) bonecos de pano, diferentes entre si, mediante prova de aquisição, **ao mesmo tempo**, de 5 litros de suco fabricados pela apelada.

O auto de infração foi instruído com parecer psicológico que atestou os seguintes aspectos negativos na técnica de marketing adotada na campanha "*Espremidinhos Dell Valle*" (fls. 64/68):

Documento recebido eletronicamente da origem

760

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

a) a promoção se aproveita da atração natural das crianças por brinquedos;
b) a criança é incitada a desejar todos os bonequinhos da promoção;
c) a promoção enfoca a venda sobre os prêmios e não sobre o produto;
d) incita a criança a "amolar" os pais.

E as consequências destas irregularidades foram ali bem destacadas (fls. 66/67), concluindo-se pela sua abusividade por evidenciar exploração apenas do interesse comercial de escoar a produção de sucos prevalecendo-se da especial vulnerabilidade da criança, com prejuízo à sua educação e das relações familiares.

Foi, também, instruído com pesquisas científicas que demonstram, dentre outros fatores, o alto grau de persuasão das crianças no processo de escolha dos produtos adquiridos pelos pais (fls. 134).

Assim, considerando a forma como a publicidade foi veiculada, que confere maior destaque aos brinquedos que ao próprio produto, a opção de compra dos sucos não teve como fator preponderante suas propriedades, mas o desejo da criança em colecionar os 5 bonecos oferecidos.

A publicidade fere, também, o item 2 do anexo H do Código de Autorregulamentação Publicitária, que determina ao anunciante que se abstenha de utilizar termos imperativos em publicidade dirigida ao público infantil, o que se verificou no caso em tela mediante uso de expressões como "***confira***!" e "***colecione***!".

Com base neste farto material jurídico e científico, a Fundação PROCON-SP, após regular processo administrativo, aplicou multa administrativa no importe de R$ 37.093,33 (trinta e sete mil, noventa e três reais e trinta e três centavos), que contou com diminuição de 1/3 em razão de primariedade da Autuada (fl. 458).

Documento recebido eletronicamente da origem

761

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Inconformada, a Apelada propôs a presente ação visando a desconstituição do auto de infração que foi julgada procedente.

2. DOS EQUÍVOCOS DA DECISÃO RECORRIDA.

A sentença que julgou procedente a ação merece reforma, posto que a publicidade veiculada pela apelada é abusiva, como será demonstrado nos tópicos subseqüentes.

Entretanto, deve-se, preliminarmente, esclarecer os erros de postos na sentença.

Entendeu o juiz *a quo* que o art. 37, § 2º do CDC trata de venda casada, nos seguintes termos:

> A norma legal que dispõe sobre a publicidade abusiva é o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor:
> ...
> Como o conceito é bastante amplo, é preciso captar sua essência e aplicar o princípio da boa-fé objetiva para ser justo em cada caso. O objetivo do legislador é simplesmente evitar que o adquirente final seja obrigado a levar um determinado bem, uma quantidade de mercadoria ou contratar um serviço que efetivamente não deseja, o que no presente caso seria um brinde "esprimidinho".

É evidente o engano. O art. 37, § 2º do CDC não trata da venda casada que é regulada pelo art. 39, I do CDC. Tal dispositivo trata de publicidade desenvolvida para impulsionar as vendas de produtos e que ofende valores da sociedade. No dizer de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

> O Direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso. O Supremo Tribunal Federal americanos tentou – sem muito sucesso – fixar alguns parâmetros esclarecedores. Abusivo seria aquilo que ofende a ordem pública (public policy), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores.
>
> ...
>
> A liberdade da atividade publicitária não pode, de fato, colidir "com certos imperativos de ordem superior que se sobrepõem às intenções promocionais das empresas." O Direito, então, cria, com o intuito de proteger o consumidor na sua dupla face existencial (como partícipe do mercado e como cidadão titular de direitos e garantias constitucionais), mecanismos de controle para tais desvios publicitários).[1]

Vemos assim que o entendimento exposto na sentença confunde dois conceitos distintos estabelecidos no CDC: publicidade abusiva (regulada pelo art. 37, § 2º) e venda casada (regulada pelo art. 39, I do CDC).

E não é verdade a afirmação constante na sentença de que o Procon se utilizou como fundamento para a autuação de que existiu venda casada:

> Levado em consideração tal norte, verifica-se que o dispositivo em comento não impede, *a priori*, vendas conjugadas promocionais e brindes, pois o fito destes é incentivar a venda de outro produto, sem imposições ao consumidor. A exceção é o abuso de direito na promoção, o desvirtuamento do brinde **ou o disfarce da venda casada, justamente o fundamento no qual se baseou a ré para impor o autor de infração à autora(grifos nossos)**

Ora, a mera leitura do auto de infração é suficiente para se constatar que o fundamento para a autuação foi a consideração de que a publicidade era abusiva por se valer da deficiência de julgamento e experiência do público infantil.

[1] Grinover, Ada Pellegrini e outros. Código brasileiro de defesa do consumidor comentados pelos autores do anteprojeto. Forense universitária, 8ª edição, pág. 340.

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Não há uma linha sequer falando de venda casada, isto nem mesmo foi discutido nos autos administrativos ou suscitado pela apelada.

E também não é verdade a seguinte afirmação:

> Por outro lado, **o que também foi levantado pela ré**, atrelar a venda de um brinquedo à compra de um outro produto não é permitido pelo Código de Defesa do Consumidor no país, que proíbe a chamada venda casada. O artigo 39, inciso I, considera prática abusiva *"condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos".*(grifos nossos)

Ora, a contestação em nenhum momento menciona a existência de venda casada, pela simples razão de que ela não ocorreu (o brinquedo era um brinde, não era cobrado por ele) e não foi objeto da autuação. A contestação expressamente afirma que a publicidade veiculada, dirigida ao público infantil, que incentivava o consumo de produtos para ganhar um brinde, colecionável, era abusiva.

Portanto, é incompreensível a conclusão do I. magistrado de que não existiu venda casada e que, por isto, a publicidade não era abusiva.

Por fim, a sentença está equivocada até mesmo quando trata a questão como publicidade, pois afirma que a publicidade é dirigida ao público infantil, mas não a considera abusiva por ser o produto utilizado também por adultos e porque, no seu entendimento particular, 5 litros de sucos, de uma só vez, não é quantidade exacerbada.

Ora, a publicidade foi considerada abusiva porque era dirigida ao público infantil e aproveitando-se da deficiência de julgamento deste público o incentivava ao consumo do produto fabricado pela apelada, a fim de conseguir completar a coleção.

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Posto isto, passemos a análise da publicidade veiculada pela apelada.

3. DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

A proteção da criança e do adolescente está prevista genericamente no art. 227, *caput* da CF/88[2] e de forma específica nos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente[3].

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."

---

[2]Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

[3] "Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e à juventude."
"Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais."
"Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento."
"Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência."
"Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais."
"Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor."

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A norma do artigo 37, § 2°, 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. E tratando-se de conceito jurídico indeterminado, prescinde-se da edição de norma específica, pois seu objetivo é justamente permitir que um comando normativo possa ser aplicado às novas situações da vida que vierem a surgir após sua edição, enquanto reflexo do caráter dinâmico do Direito. É o que ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:[4]

> Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei (grifo nosso), que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectiva que, in concreto, o direito lhe facultava.
> (...)
> É preciso que, ao praticar ou ao não praticar um ato, ou ao praticar este ou aquele, tais opções (...) sejam as opções logicamente idôneas para chegar à finalidade.

No mesmo sentido MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO[5]:

> "Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é sua mutabilidade, ou seja, sua possibilidade de variar no tempo e no espaço. Quando o direito administrativo estabelece normas que impõem à administração o dever de atender ao interesse público, ao bem comum, à conveniência do serviço e outros semelhantes, está deixando as portas abertas para a flexibilidade das decisões, em função da infinita gama de situações concretas a atender, na dinâmica sempre crescente das relações sociais que a administração Pública tem que regular e fiscalizar."

[4] Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo. Malheiros Editores. 2010 2ªEdição
[5] Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo. Editora Atlas. 2001

Documento recebido eletronicamente da origem

766

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Desde a edição do CDC em 1990, houve uma revolução na Internet e na televisão por assinatura, com o advento de canais exclusivos ao público infantil, além do 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 Momberger[6]:

> "Como as crianças não são auto-suficientes, não podem ser comparadas e tratadas da mesma forma que os outros consumidores, merecendo uma proteção especial por parte do legislador, pois não possuem condições de entender o verdadeiro objetivo da publicidade que é a persuasão do consumidor, e nem conseguem se defender da publicidade abusiva dirigida especialmente a esta categoria de consumidores que representa 32% da população brasileira. Simplesmente não se pode atribuir ou esperar que as crianças possuam a mesma capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento."

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

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

Documento recebido eletronicamente da origem

767

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

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

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.

Mas o setor empresarial também tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à criança. Em 25 de agosto de 2009, vinte e quatro empresas e grupos líderes da área de alimentos e bebidas associadas à ABIA e ABA firmaram compromisso público espontâneo com restrições à publicidade de seus produtos dirigida às crianças. Estipulou-se a não veiculação de publicidade dirigida a criança abaixo de 12 anos, em qualquer meio de comunicação de massa que tenha audiência constituída em sua maioria pelo público infantil e a não realização de promoção de caráter comercial nas escolas a elas direciona.

Tal compromisso reflete o que se discute há anos em outros países do mundo. Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta. No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos. São proibidos apelos para fazer a criança comprar por meio de proposta direta. Na Finlândia, é proibido usar desenhos ou crianças conhecidos. Na Dinamarca, o uso de personagens de televisão é proibido para publicidades dirigidas a crianças. Na Grécia,

Documento recebido eletronicamente da origem

é proibida a publicidade de brinquedos entre 7h e 22h e não há publicidades de brinquedos de guerra. No Reino Unido, personalidades de programas infantis não aparecem em publicidade antes das 21h e produtos baseados em programas de televisão não são mostrados antes ou depois do programa em questão. Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos [70]

E a ação de todos os países decorre de pesquisas que demonstram o impacto da publicidade no público infantil. Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network* (fl. 134 e ss.), dentre várias outras constatações, demonstrou que o que as crianças mais admiram é um personagem de desenho animado. De outro lado, 56% das crianças responderam que o mais fácil de pedir e conseguir é justamente o produto alimentício .

A pesquisa realizada pelo canal de televisão *Nickelodeon* (*Nickelodeon Business Solution Research* – fl. 167 e ss.) apresenta as conclusões na forma de "10 segredos para falar com as crianças – Que você esqueceu porque cresceu". Na fl. 204 conclui que a partir dos 2 anos a criança já desenvolve forte sensibilidade ao produto e a partir dos 4 anos também à marca. Que são "peça chave na hora da compra" possuindo grande influência na compra de produtos como alimentos, brinquedos e *fast food*, elegendo inclusive a marca (fl. 205). Que adoram brincar (fl. 213) e que "um bom personagem comunica mais que mil palavras" (fls. 233/234). Por fim, que para "prender a atenção delas" as campanhas devem ser lúdicas e divertidas, exatamente como a da autora (fls. 215/232).

E sobre a eficácia da mensagem publicitária sobre o púbico infantil, FERNANDA BAEZA SCAGLIUSI, FLÁVIA MORI SARTI MACHADO e ELIZABETH APARECIDA FERRAZ DA SILVA TORRES:

[7] Reportagem da Folha *on line* Vitrine de 15/03/08: HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

> Estudos de Borzekowski e Robinson (2001) comprovaram a eficácia da publicidade. Quarenta e seis crianças, entre dois e seis anos, participaram do experimento, visando analisar a influência das propagandas comerciais de televisão sobre preferências alimentares.
>
> Um desenho animado foi apresentado às crianças, sendo que metade delas assistiu à fita que continha propagandas comerciais de diversos produtos, alimentícios ou não, intercaladas ao programa. Posteriormente, as crianças deviam escolher um produto dentro de cada par de produtos semelhantes a elas apresentados, sendo que um produto de cada par havia sido anunciado nas propagandas comerciais. O estudo concluiu que as crianças que assistiram às propagandas escolheram com maior freqüência os produtos anunciados. Os resultados com diferenças mais significativas foram obtidos em produtos alimentícios anunciados duas vezes, sendo que as menores diferenças ocorreram no caso de produtos não alimentícios.(*in* marketing aplicado à indústria de alimentos,)

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 "invencionismo" ou "entendimento subjetivo" da Fundação PROCON-SP. A esse respeito, afirma ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN[8]:

> "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."

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

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

Documento recebido eletronicamente da origem

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

4. DA INFRAÇÃO AO ART. 37, § 2º DO CDC. PUBLICIDADE ABUSIVA.

Para se compreender corretamente as razões que levaram à autuação da apelada, é imprescindível assistir ao vídeo da publicidade "Promoção Del Valle Espremidinhos" veiculado em televisão e *internet*, juntada aos autos pela apelante.

O vídeo, dirigido ao público infantil, confere um destaque muito maior aos bonecos de pano oferecidos que ao produto alimentício propriamente dito. E para dela participar, era necessário adquirir 5 (cinco) litros de suco industrializado, **NUMA SÓ COMPRA**, para poder receber de brinde um dos cinco "Espremidinhos".

O objetivo da campanha "Promoção Espremidinhos Del Valle" era criar nas crianças o desejo de obterem não o suco propriamente dito, mas a coleção completa de bonecos de pelúcia, o que facilmente se nota pelo uso de comandos imperativos, como "Confira" e "Colecione", citados nos textos e no filme publicitário da promoção, não obstante a proibição do uso destes termos imposta pelo item 2 do anexo H do Código de Autorregulamentação Publicitária[9]. A peça publicitária confere um destaque muito maior aos brinquedos que ao próprio produto, com o claro escopo de ampliar vendas mediante promessa de premiação.

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

Documento recebido eletronicamente da origem

Trata-se de publicidade abusiva e contrária ao art. 37, §2º da lei 8.078/90, por se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência do público infantil para o estímulo ao consumo exagerado, consumo por razões diversas que não a necessidade do produto (suco) por suas reais qualidades.

Por convenção social, a palavra "promoção" adquire entorno de benefício ao consumidor, de vantagem econômica, de oferta; não obstante, as empresas utilizam-se recorrentemente desse expediente para atrair o consumidor e alavancar as vendas de seus produtos.

Mas não há qualquer tipo de benefício em comprar cinco litros de suco industrializado de uma vez e ganhar um boneco. Qualquer adulto entende isso.

No processo, a apelada descreve a promoção não só com a mesma simplicidade e ingenuidade que uma criança descreveria, mas reproduz o teor do regulamento da promoção:

> "4) Para participar da promoção "Del Valle Espremidinhos", basta adquirir 5 (cinco) litros de sucos Del Valle e trocar pelo brinde da promoção (...)"

Entrega-se o brinde caso o consumidor adquirir os 5 litros de uma só vez. Simples assim. Como se todos que fazem as compras do dia voltassem às suas casas voluntariamente e normalmente com tamanha quantidade de suco industrializado, premissa, equivocadamente, admitida pela sentença. A tese vincula a promoção a um inverossímil casuísmo, além de incentivar um consumo irresponsável de um produto com aparência de saudável e natural, sendo que seu consumo deve ser controlado sob risco à saúde da criança.

Documento recebido eletronicamente da origem

772

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

O ordenamento jurídico e estudos de profissionais da saúde advertem que a veiculação de publicidade à criança deve respeitar seu desenvolvimento. Os diversos estudos que respaldam o auto de infração atestam que a criança não entende conceitos simples para um adulto, como, no caso em tela, a compreensão do mercado. Em estudos e pesquisas, fica comprovado que as crianças acreditam na propaganda, e não são críticas ou questionam as mensagens transmitidas por esse meio (fl. 244 ss.). Para a criança, pouco importa a relação Custo X Benefício. Por isso, tem menos freios de consumo, não avalia se o produto é caro demais e/ou se a promoção reflete em efetiva vantagem financeira. Move-se pela emoção da busca do novo, de colecionar e de brincar, conforme explicação da psicóloga clínica MARIA HELENA MASQUETTI (fls. 64/68).

Conforme entendimento do professor YVES DE LA TAILLE, não há resistência moral suficiente na criança, como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica. Desse modo, fica claro que há real aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança ao vincular o brinquedo de pano à venda dos cinco litros do suco industrializado, pois há atração natural das crianças por brinquedos. O brinquedo é uma forma de desenvolvimento da auto-expressão, imaginação, criatividade, curiosidade, aprendizagem e atividade psicomotora da criança. Crianças, por natureza, precisam de brinquedos (fls. 342 e ss.).

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).

Documento recebido eletronicamente da origem

773

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Na lógica da criança, é evidente que o objeto de desejo é o brinquedo. A publicidade está vendendo o brinde, não o suco industrializado. O objeto do comercial televisivo é o boneco, sendo assim, o ato de compra é vinculado pelo brinde; não há qualquer menção a uma eventual qualidade do Suco industrializado Del Valle, por isso não é exagero dizer que campanha intencionalmente fez menção tão somente ao brinde e omitiu atributos do produto no anúncio (como os ingredientes e o valor nutricional), em uma manobra de venda.

Não há qualquer ilícito na venda de brinquedos, mas a condição da compra dos cinco litros do suco industrializado é abusiva. Não há qualquer outra forma de se adquirir o boneco de pano a não ser pela compra de 5 litros de suco industrializado de uma só vez. Trata-se de um artigo exclusivo só adquirido pela compra de quantidade determinada e exagerada de outro produto. Não é ilógico pensar que durante a vigência da promoção, várias crianças muito queriam o boneco, mas o responsável direto não aceitou a imposição de quantidade elevada do suco industrializado Del Valle, criando-se o conflito familiar mencionado no processo administrativo pela psicóloga MARIA HELENA MASQUETTI (fls. 64/68):

> Uma das principais motivações dos pais é ver seus filhos satisfeitos enquanto a criança, ainda sem noção de limites, anseia por satisfações imediatas.
> Justamente numa fase em que as crianças deveriam estar aprendendo com a ajuda dos adultos a conter seus impulsos e desejos, as publicidades e promoções estão estimulando-as a amolar os pais para obterem novos objetos de desejo.
> As crianças, seduzidas pela possibilidade de ganharem os bonequinhos, fatalmente irão amolar seus pais para que comprem o Suco Del Valle.

E qualquer pessoa que já tenha tido contato com uma criança sabe que elas pretendiam sim completar a coleção, o que era, aliás, expressamente incentivado pela campanha. Mas para isso, seria necessário comprar nada menos que menos **25 (vinte e cinco) litros de suco da marca Del Valle em 5 (cinco) atos de compra.**

Documento recebido eletronicamente da origem

774

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Os produtos relacionados para a promoção aparentam ser saudáveis e naturais como quer passar a apelada, mas em seus ingredientes constam açúcar, suco concentrado, acidulante acido cítrico, aroma natural, espessantes carboximetilcelulose sódica e goma xantana, conservadores sorbato de potássio e benzoato de sódio, sequestrantes hexametafosfato de sódio e EDTA cálcio dissódico,estabilizantes acetato isobutirato de sacarose e dioctil sulfossuccinato de sódio, corante artificial tartrazina. Sendo assim, também não é exagero classificar o suco Del Valle como uma mistura industrializada, muito longe de um saudável suco natural espremido como quer passar a promoção; podendo acarretar em um consumo de calorias exagerado pela criança ou mesmo por sua família, contribuindo, ao final, para o excesso de peso e os problemas dele decorrentes, como ortopédicos, reumatológicos e psicológicos (ansiedade, distúrbios alimentares, depressão e isolamento social). Se a obesidade ocorrer na infância, pode ainda provocar problemas cardíacos, hipertensão e diabetes na fase adulta [102].

É evidente que uma criança não é capaz de tal discernimento, para ela, pouco importa o que terá que consumir, importa é adquirir o brinquedo. E a afirmação de que os pais conhecem as informações nutricionais dos produtos e a eles cabe decidir o que comprar, é fechar os olhos para o poder persuasivo, seja da publicidade, seja de uma criança como apontado nas diversas pesquisas acima mencionadas.

Por óbvio, não se está querendo isentar os pais de suas responsabilidades no tocante a alimentação de seus filhos. Todavia, é nítida a estratégia da apelada em se valer dos pequenos para que influenciem de forma determinante nas decisões de compra da família. Veja que o conceito do produto (suco) por si só não tem por característica ser voltado ao público infantil, tratando-se de alimento para todas as idades. Por sua vez, o boneco-brinde, sim.

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

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Por outro lado, a utilização de comandos imperativos dirigidos às crianças – tal como feito pela apelada ("compre!" "colecione!") é condenada pelo próprio CONAR, de acordo com item 2 do anexo H do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

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

Como se pode notar, o próprio mercado publicitário reconhece que o uso de imperativo de compra direcionado para crianças gera nelas o sentimento de que devem cumpri-lo bem como a angústia na hipótese de não conseguirem o que querem. O que ocorre, na prática, é que as crianças são induzidas a pedir aos pais por produtos que talvez nem gostem ou necessitem, simplesmente pela vontade de completarem a coleção.

E isso é claro na publicidade em análise. O *site* Invertia/Terra[11] ao informar sobre o lançamento da campanha, assim descreveu a campanha desenvolvida pela autora:

> Com as embalagens, que são colecionáveis, a empresa passa a adotar o conceito de embalagem-brinquedo. Para isso, foi criada uma ação que distribuirá brindes e serão veiculados anúncios em uma edição especial da revista Recreio que acaba de chegar às bancas. Com o patrocínio de Del Valle, a publicação terá uma edição interativa batizada de 'Mão na Massa'.
> A comunicação, criada pela age apresenta as quatro famílias dos simpáticos personagens-monstrinhos. Cada família representa uma fruta: uva, morango, pêssego e manga. As peças funcionam como brincadeiras para as crianças, que podem se divertir com os labirintos e desenhos dos personagens para pintar.
> Vale destacar que os pequenos também podem brincar mais com os monstrinhos no site www.delvalledosmontros.com.br

[11] http://invertia.terra.com.br/publi_news/interna/0,,OI2766581-EI10369,00.html

Documento recebido eletronicamente da origem

Não há como negar, portanto, que a campanha buscou seduzir o público infantil. Ao criar todo um universo de personagens e divulgá-los em meios de comunicação específicos para crianças, a apelada aguça o interesse delas pela novidade para depois ofertá-los exclusivamente através da promoção, a qual exige a aquisição de 5 litros, de uma só vez, de suco em troca de um dos bonecos, ou seja, 25 litros para a coleção completa.

Note-se que nesse ponto há uma grande diferença entre a promoção da apelada e o uso de personagens de apelo infantil em embalagens de produtos porquanto os "espremidinhos" existem em função da campanha, não tendo "vida independente" dela, sendo utilizados como atrativo para o incremento da quantidade de produtos vendidos na medida em que a aquisição desses estaria vinculada a compra de cinco litros de suco.

Por fim, deve-se ainda considerar que a atividade publicitária comercial nada mais é do que atividade econômica com o intuito de promover a venda de produtos ou serviços[12][3], não podendo ser confundida com acesso a informação albergada no inciso XIV da CF/88, tal como posto na inicial. Como toda e qualquer atividade comercial lícita, lhe é garantida a observância da livre iniciativa, desde que em conformidade a todos os outros princípios constitucionais, em especial a defesa do consumidor (art. 170, V e 5º, XXXII), a proteção da criança (art. 227) e o direito à saúde (art. 196).

Assim, resta evidente que a apelada foi corretamente autuada pela Fundação PROCON-SP por violação ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90,

[12] "Conceitualmente, podemos entender publicidade comercial como o 'ato de comunicação de índole coletiva, patrocinado por ente público ou provado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com a finalidade promover, direita ou indiretamente, o consumo de produtos ou serviços." Nunes Jr., Vidal Serrrano, A publicidade comercial dirigida ao público infantil, *in* Constituição Federal, Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro, Coord. Ives Gandra Martinse Francisco Rezek, Ed. RT e CEU, 2008, pág. 843.

Documento recebido eletronicamente da origem

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

5. DO PEDIDO

Ante todo o já exposto, requer-se o total provimento deste recurso de apelação, para julgar a ação improcedente, invertendo-se o ônus da sucumbência..

Nestes termos
P. Deferimento.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2013

PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO
Procuradora do Estado
OAB/SP 127.158

Documento recebido eletronicamente da origem