



192
187
7

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara:

1. SÍNTESE DO PROCESSO

Nos termos do Auto de Infração e imposição de multa nº 1636 - série D7, processo administrativo 223/2009, lavrado pela apelada por afronta ao artigos 37, parágrafo 2º da Lei nº 8.078/90, foi imposta à apelante sanção pecuniária no importe de R\$ 105.493,33 (cento e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), com permissivo no artigo 56 do mesmo diploma legal.

Segundo se constatou, a recorrente veiculou em rede de televisão, campanha publicitária intitulada "promoção Zoobremesas", dirigida ao público infantil, considerada abusiva na medida em que se aproveitava da deficiência do julgamento ou de experiência das crianças para estimulá-las ao consumo, utilizando-se de expressão imperativa para tanto.

Inconformada com essa autuação, ajuizou a autuada ação visando à nulidade do auto de infração e do processo administrativo sancionatório.

O feito, todavia, foi julgado improcedente face ao reconhecimento da abusividade e enganosidade das condutas praticadas pela apelante.

Recorre a vencida, argumentando o que segue:

2010.01.076655



197
182
7

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

- que a criança, de per si, não tem capacidade econômica para adquirir os produtos, sendo a aquisição uma opção dos pais e não uma exigência da criança;
- que a propaganda, em si, é fantasiosa e não induz a criança ao excesso de consumo;
- que a publicidade não é enganosa.

A irresignação não procede. Com base em documentos do processo administrativo, **em especial a análise do vídeo de publicidade**, a infração restou consumada e legitimam a apelada, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescrito no artigo da Lei 8.078/90, a aplicar sanção pecuniária razoável, com base em atos normativos expedidos com lastro na competência concorrente prescrita no artigo 55 do mesmo diploma legal.

2. DAS RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

a- DA PRECISÃO DA DECISÃO IMPUGNADA

Foi precisa a Decisão de 1º Instância ao analisar a lesividade da propaganda veiculada que, de fato, induz as crianças, seu principal alvo, ao consumo indiscriminado de doces e outros produtos fabricados pela apelante.

Conforme bem decidiu o MM. Juiz *a quo*, a questão deve ser analisada levando-se em consideração seu público alvo, ou seja, a criança e aquilo que ela vê e percebe quando assiste ao comercial amplamente divulgado pela TV.

E sob esse aspecto, o que se percebe é que, mesmo proibidas por uma voz a não retirar nada do local, o fazem, claramente burlando a regra imposta e incitando-as a ferir determinações superiores.



127
199
7

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND - PROTEÇÃO DEBRESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

E mais! As mochilas criam "vida", comendo todos os doces que veem pela frente, o que claramente mostra uma compulsão ao consumo daqueles produtos que, como amplamente sabido e divulgado, contribuem para o crescente aumento da taxa de obesidade infantil no país.

Após, como ressalta a Decisão a quo, "há uma insinuação de que as crianças estariam dividindo o saque". A comparação é pertinente e mostra claramente onde reside a abusividade do comercial: na relação feita entre as crianças e o ato de burlar uma regra levando tudo que podiam, dividindo, após, aquilo que obtiveram de forma irregular e ainda incitando-as ao consumo de doces em geral.

Dessa forma, a abusividade da campanha está no fato de se valer da deficiência de julgamento e da experiência da criança, atraindo a atenção deste público, para conseguir vender os produtos que anuncia.

Fantasiado ou não, o fato é que não se exige da criança na faixa entre 6 e 12 anos (público a que a propaganda se destina), que separe aquilo que é real do que é fantasia. É justamente por esse motivo que a Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o próprio Código de Defesa do Consumidor reservam especial capítulo a proteção dessa parte importante de nossa população.

Com o devido respeito, é descabida tal argumentação levantada no recurso apresentado. Não se está falando de adultos ou mesmo de jovens que já possuem discernimento para separar aquilo que é real ou não. Não é tão óbvio que as crianças que assistiram à propaganda tenham tido a real percepção de que se tratava de um mundo mágico. Pensar dessa forma não é pensar como uma criança de, por exemplo, 7 anos.

E, como já alertado em contestação, a campanha utiliza-se da expressão imperativa "agarre a sua" censurada até mesmo pelo Código de autoregulamentação publicitária do CONAR.

2010.01.076655



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

107
190
7

Na verdade a propaganda em análise reúne diversos aspectos que caracterizam a sua abusividade, vedada pelo artigo 37 § 2º do Código de Defesa do Consumidor, pois se aproveita, sim, da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Que outra forma poderíamos caracterizar uma peça publicitária que autoriza crianças a burlar uma regra, comer doces e mais doces sem maiores consequências ou sair correndo, rindo e partilhando aquilo que conquistaram de forma não permitida?

b - DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

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

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.

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.

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.



109
191
7

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

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 Momberger¹:

“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.”

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

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

2010.01.076655



107
192
7

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

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.
- 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.

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.



193
7

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. 128-129 do processo administrativo):

"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:

³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 344.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND. PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

194
7

"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 pode 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".

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

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.

A doutrinadora Cláudia Lima Marques faz saber que:



107
195
7

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

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.** (grifos nossos)

Na mesma esteira, preleciona Antônio Herman de **asconcellos 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 (...).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

197
7

4. DO PEDIDO

Ante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração ao artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, a legalidade dos critérios utilizados pela apelada para o arbitramento da multa imposta e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao porte econômico da apelante, conclui-se que nada justifica a anulação do processo administrativo.

Requer, portanto, a apelada seja negado provimento ao recurso, mantendo-se a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

São Paulo, 03 de dezembro de 2014

PASQUAL TOTARO
Procurador do Estado
OAB/SP Nº 99.821



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JUÍZO DE DIREITO DA NONA VARA DA FAZENDA PÚBLICA
CARTÓRIO DO NONO OFÍCIO DA FAZENDA PÚBLICA
COMARCA DA CAPITAL

CERTIFICO E DOU FÉ que, compulsando os presentes autos, constatei a regularidade dos volumes e da numeração de folhas, encontrando-se o feito em conformidade com as Normas da E. Corregedoria Geral da Justiça. Certifico mais, que as anotações referentes aos patronos das partes, tanto na contracapa quanto no sistema informatizado – SAJ foram por mim verificadas, encontrando-se em ordem. Nada mais.

S. P, 20/02/2015

Eu, mf, Maria de Lourdes Rocha de Almeida Alves, escrevente, subscrevi.

Processo nº	0044517-82.2010
Nº de volumes	06
Nº de apensos	00

REMESSA – Nos termos supra, faço remessa destes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça - Serviço de Entrada de Autos de Direito Público – SEJ 2.1.4 – Complexo Judiciário do Ipiranga, sala 38 - São Paulo / SP). Nada mais.

S. P, 20/02/2015