contrário?

391

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TJ-SPI-3.14-FZFUB/AC/TR-26-Out-2012-14:48-861751-3/3

5º OFÍCIO DA FAZENDA 30/OUT/2012 04:16 006942-2

Processo nº 0035929-18.2012.8.26.0053
Rito ordinário

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

1 – PRELIMINARMENTE - DA INSUFICIÊNCIA DO DEPÓSITO

Em 15/08/2012, depositou a autora, em juízo, a importância de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), relativos ao valor da multa aplicada, visando à suspensão da exigibilidade do crédito. (fls. 279)

Porém, não o fez de forma integral, vez que deixou de atualizar o débito e de recolher os juros devidos desde a data da imposição da penalidade.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

392

Com efeito. Em 15/08/2012, data do depósito, o valor da multa era de R$ 408.953,75 (quatrocentos e oito mil, novecentos e cinqüenta e três reais e setenta e cinco centavos) e não R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), **restando em aberto o valor de R$ 1.629,30 (um mil, seiscentos e vinte e nove reais e trinta centavos)**. (doc. 01)

Se a autora pretende manter a suspensão da exigibilidade da multa que lhe foi imposta, que então proceda ao depósito integral e em dinheiro preconizado no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Nos termos do dispositivo do CTN acima citado, incabível a suspensão da exigibilidade se o valor não for integral, isto é, acrescidos da atualização e juros até a data efetiva do depósito.

A necessidade de efetivação do depósito integral para suspensão da exigibilidade dos créditos devidos à Fazenda Pública é, há muito, objeto de reiterado reconhecimento da jurisprudência e foi consagrada pela Súmula 112 do E. Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

> ***"O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".***

Também nesse sentido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *MULTA ADMINISTRATIVA IMPOSTA PELO PROCON. EXIGIBILIDADE QUE APENAS PODE SER SUSPENSA COM O DEPÓSITO DO SEU VALOR INTEGRAL. O credor não pode ser impedido de judicialmente cobrar seu valor ou, de executar seu crédito (CPC, parágrafo 1º do art. 585, art. 38 da Lei 6830/80 e art. 151, II, do CTN e súmula 112 do STJ). Recurso provido. (TJSP, Agravo de instrumento 365.800-5/2-00, relator Urbano Ruiz, data do julgamento: 27/01/05)*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

393

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA. INDEFERIMENTO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. Ausência de fumaça do bom direito e periculum in mora, requisitos legais indispensáveis à outorga da referida medida excepcional pleiteada. Pretensão viável se garantido o juízo por depósito do montante integral do crédito, corrigido monetariamente e acrescido de juros, multa de mora e demais encargos, hipóteses inocorrente à espécie. Inteligência do CTN, art. 151, II e LEF, art. 38, caput, e do CPC, art. 585, parágrafo 1º. Rejeição confirmada. Recurso desprovido. (TJSP. Agravo de instrumento n.º 263.436.5/7, relator Xavier de Aquino, data do julgamento 08/08/02).

"Exaurida a instância administrativa com o improvimento do recurso da empresa autuada, a inscrição das sanções para fins de cobrança executiva representa ato de rotina, que não pode ser obstado sob a alegação de dano irreparável ao agravante, que deixou de utilizar da faculdade legal prevista no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional". (TJSP. Agravo de instrumento n.º 284.392.5/9, relator Demóstenes Braga, data do julgamento 10/09/02).

TUTELA ANTECIPADA. Irresignação contra decisão que a concedeu para suspender a exigibilidade de multa imposta pelo PROCON/SP e vedar a sua inscrição na dívida ativa. Com efeito, a matéria é complexa, não se entrevendo a presença dos requisitos do artigo 273, inciso I, Código de Processo Civil para sugerir a tutela antecipada. Prevalece a presunção juris tantum de legalidade do ato do autor Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP - Por outro lado, o valor da multa pode ser objeto de depósito em juízo, não havendo, pois, dano irreparável - Ademais, é altamente controvertida a possibilidade de antecipar a tutela contra a Fazenda Pública - Acresce ainda que o tema poderá ser debatido em sede de embargos à execução, caso seja ajuizada a ação executiva - Precedente jurisprudencial - Recurso provido. (Agravo de Instrumento n. 369.992-5/6 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Geraldo Lucena - 16.06.04 - V.U.).

Ante o exposto, requer seja acolhida a preliminar arguida para o fim de:

1 – determinar seja a autora intimada a depositar a diferença com a devida atualização pelo IPCA-E mais juros "pro rata die", até a data do efetivo depósito; ou

2 – discordando do depósito, seja mantida a exigibilidade do crédito.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

394

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

2- DOS FATOS:

Insurge-se a autora contra o auto de infração e imposição de multa nº 3211 série D7, processo administrativo 1464/2009, lavrados pela Fundação PROCON/SP por afronta aos artigos 31, e 37 parágrafo 2º, ambos da Lei nº 8.078/90, onde recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do mesmo Diploma Legal.

As condutas praticadas consistiram em:

1 – *Veicular campanha publicitária intitulada "Luzes, Câmera e Ação" que aproveita da deficiência de julgamento e experiência do público infantil, infringindo o artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor;*

2 – Deixar de informar ostensiva e adequadamente na campanha publicitária "Luzes, Câmera e Ação", o custo efetivo para envio de mensagem de participação na promoção divulgada, infringindo, desta forma, o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor;

3- Deixar de informar no "relatório gerencial", por meio do qual fornecia o código para participação na promoção e número para o qual a mensagem deveria ser enviada, da campanha publicitária "Nestlé Torce por Você", o custo relativo ao envio de cada mensagem, infringindo o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

O auto de infração foi instruído com farto material jurídico e científico (cópias do processo administrativo em anexo).

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

395

a) Preliminarmente, pleiteou-se a nulidade do auto de infração pelas subsequentes razões: a.1) ausência de indicação da penalidade aplicada; a.2) impossibilidade de cumulação de objetos distintos em um único procedimento administrativo; a.3) porque as decisões administrativas teriam violado o artigo 46, "caput" e §1º, do Decreto 2181/1997;

b) Inocorrência das infrações apontadas no auto de infração, uma vez que teria havido o cumprimento das normas de consumo na veiculação das campanhas publicitárias. Subsidiariamente, alega inexistência de vedação legal para a veiculação de propaganda destinada ao público infantil e ausência de abuso ou apelo imperativo na campanha publicitária da promoção "LUZES, CÂMARA, AÇÃO!".

c) Por fim, insurge-se contra o valor da multa, alegando ausência de critérios objetivos para dosimetria da pena aplicada; inobservância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e desvio de finalidade do ato praticado.

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

O pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo*, pela ausência de *plausibilidade do direito invocado*. No entanto, foi deferida a suspensão da exigibilidade do crédito mediante depósito integral em espécie do valor da multa.

A ação não procede. Conforme se verá adiante e com base em documentos do processo administrativo que não foram juntos em sua integralidade, assim como vídeo de publicidade que ora se anexa, as infrações restaram consumadas e legitimaram a Fundação PROCON, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescritos nos artigos 56, inciso I e 57, da Lei 8.078/90, a aplicar sanção pecuniária razoável, com base em atos normativos expedidos com lastro na competência concorrente prescrita no artigo 55 do mesmo diploma legal.

3 – DAS ALEGAÇÕES DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A autora pretende ver-se livre da sanção administrativa através da conhecida tática de desmerecer os elementos de prova que dão sustentação ao auto de infração. Só que sem sucesso.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

396

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

No caso em tela, o fato relacionado no auto de infração teve por base elementos de prova mais que satisfatórios para atestar a materialidade das condutas imputadas à autora.

Os atos administrativos praticados pela ré no processo administrativo obedeceram rigorosamente aos princípios aplicáveis à espécie, sejam constitucionais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), os implícitos (obrigatoriedade do exercício da competência e da razoabilidade), os da própria Lei Estadual nº 10.177/98 (finalidade, reserva da lei e ampla defesa), e os de índole processual (direito de petição e o do devido processo legal - ampla defesa, contraditório e isonomia de partes).

3.1 – NULIDADE DA AUTUAÇÃO POR CERCEAMENTO DE DEFESA.

Fazendo alusão ao artigo 63, inciso II, da Lei Estadual 10.177/1998, a autora alega cerceamento de defesa por não ter o auto de infração informado o valor da multa que seria cobrada. Acrescenta que o Demonstrativo de Cálculo de Multa elaborado pela ré, ao qual lhe é dado o acesso antes da apresentação da defesa, além de não ilustrar o valor final da sanção administrativa imposta, não é claro quanto à relação das penas bases e as supostas infrações perpetradas.

Equivoca-se.

A autora busca dar a interpretação que lhe convém a retro citada Lei que norteia os procedimentos administrativos no âmbito Estadual, uma vez que referido artigo dispõe que o procedimento sancionatório observará, salvo legislação específica, dentre outras, a seguinte regra: *o ato de instauração, expedido pela autoridade competente, indicará os fatos em que se baseia e as normas pertinentes à infração e à sanção aplicável*. (g.n).

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

397

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Veja-se, não há exigência da mencionada Lei que o valor da multa seja discriminado no auto de infração, mas que se faça menção à sanção aplicável. E da leitura do destacado ato administrativo depreende-se que as infrações foram devidamente descritas, apontando o dispositivo legal violado, assim como a menção de que *fica o autuado sujeito a sanção prevista no artigo 56, inciso I, e 57 da Lei 8.078/90), conforme previsão legal.* (g.n).

Destarte, paralelamente à lavratura do auto de infração foi elaborado o Demonstrativo de Cálculo da Multa às fls. 468 do PA, que contém os critérios embasadores da penalidade, assim como a pena-base das infrações.

O demonstrativo de cálculo de fls. 468 do PA fez constar expressamente que:

> **A.** *o cálculo efetuou-se com base na Portaria 26/06 com nova redação dada pela Portaria 33/2009;*
> **B.** *considerou-se como valor da receita o montante de R$ 150.000.000,00;*
> *C. a classificação da gravidade da infração: art. 39 e 31, grupo de gravidade, respectivamente, III e I);*
> ***D.** a vantagem auferida foi considerada como não apurada;*

Não bastasse, a fórmula de cálculo da penalidade está devidamente detalhada no artigo 18, da Portaria 26/06 com nova redação dada pela Portaria 33/2009:

> *Artigo 18 - A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:*
> ***"PE + (REC . 0,01) . (NAT) . (VAN) = PENA BASE"***
> *Onde:*
> *PE - definido pelo porte econômico da empresa;*
> *REC – é o valor da receita bruta;*
> *NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);*
> *VAN – refere-se à vantagem.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

398

E os procedimentos são de pleno conhecimento da autora, vez que a Portaria 26/06 é norma constante do ordenamento jurídico e é pública, já que consta do *site* do PROCON.

Em outro vértice, impende considerar que no processo administrativo sancionatório, assim como analogamente ocorre no processo penal, o infrator defende-se dos fatos e não da penalidade em si que só será dosada na ocasião da decisão administrativa que homologar e julgar subsistente o auto de infração.

Tanto é que o auto de infração utiliza-se da expressão condicionante: *fica o autuado sujeito à sanção prevista nos artigos 56, inciso I, e 57, ambos do Código Consumerista.* (g.n).

Com isso, não há que se falar em nulidade do ato, e tampouco em cerceamento de defesa, tendo em vista que **o processo administrativo apenas foi iniciado com a lavratura do Auto de Infração**, a partir do qual houve a citação para que apresentasse sua defesa, o que foi feito de forma exauriente tanto que a autora defendeu-se na primeira e segunda instância, compreendendo corretamente qual a infração e penalidade aplicada ao caso, de maneira que o direito da ampla defesa e contraditório pôde ser efetivamente exercido.

Mas não é só. Argumenta ainda que o seu direito de defesa teria sido cerceado por ter sido cumulado objetos distintos (duas infrações) num único processo administrativo.

Equivoca-se por completo. O agrupamento de várias infrações em um mesmo auto, não impede o exercício do direito de defesa.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

399

Além disso, não existe norma vedando o agrupamento das infrações em um só auto e estas são intimamente correlatas, vez que a mesma campanha "LUZES, CÂMARA AÇÃO" violou dois tipos consumeristas distintos (artigo 31 e 37, §2°, ambos do CDC), e a outra campanha publicitária intitulada "Nestlé Torce por Você", retrata a conduta reiterada da autora em não prestar a devida informação aos consumidores.

Nesse passo, não seria adequado lavrar um auto de infração separado para cada uma das infrações, de modo que afrontaria brutalmente o princípio da economia processual.

Ademais, o agrupamento das infrações em um mesmo auto veio em benefício da autora, já que a pena base foi fixada nos termos do artigo 21, § único, da Portaria 26/06:

> *Artigo 21 - No caso de concurso de agentes, a cada um deles será aplicada pena graduada de conformidade com sua condição econômica nos termos do artigo 14 desta Portaria.*
> *Parágrafo único – No concurso de práticas infrativas, a pena de multa será aplicada para cada uma das infrações, podendo, a critério do órgão e desde que não agrave a situação do autuado, ser aplicada a multa correspondente à infração de maior gravidade, com acréscimo de 1/3 (um terço).*

Segundo o critério ali estabelecido, no caso de concurso de infrações, toma-se a pena da mais acrescida de 1/3 (um terço) para apurar a pena-base a ser imposta.

Caso tivessem sido lavrados 02 (dois) autos de infração, um para cada conduta, a autora seria prejudicada, vez que as penas seriam tomadas singelamente, mas no cômputo final, a soma seria muito maior do que a pena efetivamente aplicada.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

400

Vê-se, perfeitamente, portanto, a criteriosidade da ré na aplicação das penas, vez que, mesmo a contragosto da autuada, aplica as penas na forma mais benéfica a ela.

Portanto, conforme se pode constatar da cópia dos autos administrativos, acostada à inicial, à autora foram ofertadas (e utilizadas) todas as oportunidades de exercer seu direito de defesa. Sem nenhum sucesso, contudo.

Os fatos foram adequadamente narrados e capitulados; foram analisados todos os pedidos da autora, havendo manifestação administrativa sobre todos os pleitos.

Assim, nenhuma nulidade acoima o processo, que se subsumiu à risca aos princípios do devido processo legal, respeitados o contraditório e a ampla defesa.

3.2 – NULIDADE DA AUTUAÇÃO POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 46, "CAPUT" E §1º DO DECRETO 2.181/1997.

Não contente, insiste a autora em macular a autuação, alegando que as decisões administrativas proferidas pela ré apenas fazem referências às manifestações técnicas da assessoria jurídica que, no seu entender, é desvinculada da autoridade administrativa do PROCON-SP, inexistindo relatório e fundamento legal das infrações, a teor do que dispõe o artigo 46, "caput" e §1º do Decreto Federal 2181/97 .

Ao revés do suscitado, cumpre lembrar à autora que o procedimento administrativo no âmbito da administração pública estadual possui normatização específica, a Lei 10.177/98.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

401

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Cumpre também elucidá-la que a Assessoria Jurídica da ré, é composta por Procuradoras do Estado devidamente autorizadas para promover a defesa da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor-PROCON/SP, pessoa jurídica de direito público.

Ainda, as manifestações técnicas que foram acolhidas pela Assessoria Jurídica e adotadas como relatório e razões de decidir das decisões administrativas são elaboradas pelos Técnicos de Proteção e Defesa do Consumidor designados para desenvolver tal trabalho, conforme prevê o artigo 11 da Portaria Normativa PROCON nº 26 com nova redação dada pela Portaria nº 33/2009. *Verbis*:

> *Antes de ser proferida a decisão de mérito pela Diretoria Adjunta de Programas Especiais, será ouvida a Assessória Jurídica, após Manifestação Técnica elaborada pelos Técnicos de Proteção e Defesa do Consumidor designados para desenvolver tal trabalho. (g.n).*

Portanto, completamente descabido o argumento da autora.

Destarte, a ré, como de costume, obedeceu rigorosamente todos os requisitos legais para a prolação das decisões administrativas, que, ressalte-se, está fartamente fundamentada.

Com efeito, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello que o princípio da motivação "implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último aclaramento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.[1]

[1] *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 69.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Dois são os fundamentos constitucionais do dever de motivar: **1)** a cidadania (art. 1º, II, CF/88), pois, ao obrigar a Administração a motivar todos os seus atos, impede que os indivíduos se submetam a decisões arbitrárias e oportuniza o conhecimento do por que das ações da Administração e; **2)** a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), pois só após o conhecimento dos fundamentos que levaram a Administração à tomada de uma determinada postura permite o controle jurisdicional da sua legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e moralidade.

A motivação pode ser **prévia *ou* concomitante** ao ato[2] e não exige forma específica, podendo constar no corpo da própria decisão **ou em parecer jurídico ali reiterado e que dele passa a fazer parte integrante**, sem que haja vício formal que conduza à sua nulidade. (g.n.).

Nesse sentido Maria Silvia Zanella di Pietro: "a motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante".[3]

No mesmo sentido Diógenes Gasparini: "A motivação deve ser explícita, clara, e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato."

[2] Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 69. No mesmo sentido Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

[3] *Direito administrativo*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 83.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

403

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A possibilidade de a decisão administrativa fazer remissão a pareceres jurídicos que lhe antecedem é consagrada, também, pela legislação Federal e Estadual.

Confira-se o art. 50, §1° da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal:

> **CAPÍTULO XII**
> **DA MOTIVAÇÃO**
>
> *Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*
>
> *I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
>
> *II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
>
> *III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*
>
> *IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*
>
> *V - decidam recursos administrativos;*
>
> *VI - decorram de reexame de ofício;*
>
> *VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*
>
> *VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.*
>
> ***§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. (g.n)***

Regra idêntica vige no Estado de São Paulo. O artigo 9° da Lei 10.177/98 expressamente autoriza a autoridade administrativa a fundamentar suas decisões mediante remissão a parecer anterior, que passa a dele fazer parte integrante:

> Artigo 9.° - A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada.
>
> **Parágrafo único - A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos. (g.n.)**

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

404

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Sobre a possibilidade de reiteração, na decisão administrativa, de pareceres anteriores que lhe confiram fundamentação, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ***MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO. ADVOGADO DO ACUSADO. TERMO DE INDICIAMENTO. PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA. PARTE INTEGRANTE DO ATO DEMISSÓRIO. MOTIVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. DESNECESSIDADE. MEMBRO DA COMISSÃO. PRESIDENTE COM IDÊNTICO NÍVEL DO ACUSADO. DIREITO AO SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PERÍCIA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE QUESITOS E DE INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.***
>
> *(...)*
>
> *4. A autoridade julgadora pode acatar o parecer de sua Consultoria Jurídica, servindo aquele como elemento integrador do ato demissionário, sem que isso vicie o procedimento administrativo realizado.* ***(STJ, MS 8.496/DF, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, 10/11/2004, DJ 24/11/2004 p. 225).***

> ***MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PARECER. FUNDAMENTAÇÃO DO ATO.***
>
> *1. Apesar de conter enunciado opinativo, quando adotado, a sua fundamentação incorpora-se ao ato decisório editado pela autoridade, descabendo afirmar-se que está desmotivado. Em contrário pensar, no caso, seria exigir-se da autoridade administrativa superior que se esforce por dizer com palavras diversas a sustentação do parecer, se os entendimentos coincidem. Demais, o formalismo deve ser moderado.* 2. Recurso sem provimento. **(STJ, RMS 12.517/RS, Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 23/09/2002 p. 224).**

Nesse passo, considerando que a motivação da decisão administrativa pode ser anterior ou concomitante ao ato, com possibilidade de remissão a pareceres técnicos e jurídicos que dela passam a fazer parte integrante, conclui-se que decisão nessas condições não padece de nulidade.

Não só a parte do processo administrativo toma conhecimento das razões que levaram a Administração a praticar um determinado ato, como se permite ao Poder Judiciário exercer o controle da sua legalidade.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

405

Basta a leitura do parecer antecedente, que integra a decisão, para compreender os motivos que levaram a administração a praticar um determinado ato.

No mais, o Decreto mencionado (2.181/1997) não é de observância obrigatória pela ré. É que a referida norma, que objetivava regulamentar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, acabou por extravasar os limites definidos pela Constituição Federal para sua edição, ao definir regras de processo administrativo sancionatório a todos os entes políticos da federação.

Se analisado o disposto nos artigos 105 e 106 da Lei 8.078/90, verifica-se que o objetivo deste Sistema é a execução da *Política Nacional das Relações de Consumo*, nos termos do artigo 4.º do referido Diploma, por intermédio de seu organismo coordenador, o Departamento de Defesa do Consumidor (DPDC/MJ).

Do exame dos artigos 55, 56 e 57 do mesmo Diploma, constata-se que em momento nenhum é definido que o exercício do poder de polícia de cada ente da federação deverá respeitar disciplina única, no que concerne à fiscalização das normas de defesa do consumidor.

Nesse sentido, se a lei assim não determinou, jamais um decreto federal o poderia fazer, haja vista que sua função é de mera regulamentação da lei, não podendo inovar em vista da impossibilidade da existência de decretos autônomos nesta matéria.

Confirmando este entendimento, mas com fundamento na Constituição Federal, convém destacar a lição do jurista Hely Lopes Meirelles, quando trata do tema 'processo administrativo':

> *"Certo é que o processo administrativo não pode ser unificado pela legislação federal para todas as entidades estatais, em respeito à autonomia de seus serviços." (in Direito Administrativo Brasileiro, 23.ª edição. São Paulo; Malheiros:1998. p. 560)*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

406

Mais especificamente, um dos autores do CDC, o insigne Daniel Fink, tece críticas à redação de dispositivos do Decreto federal 2.181/97 atinentes ao poder de polícia administrativo dos entes da federação:

> *"É oportuno acrescentar que o caput do art. 5.º do decreto pode levar o intérprete a erro. Isso porque cuida de norma relativa ao exercício do poder de polícia administrativa. O dispositivo diz, em outras palavras, que os órgãos públicos têm atribuição para impor sanções administrativas por infração à legislação de relações de consumo, no âmbito de suas respectivas competências – atribuições, como vimos. Como o exercício de poder de polícia administrativa deve ser fundado em lei específica, a fonte da possibilidade de impor sanções será a lei original de estruturação do órgão e não o decreto. Essa referência feita no decreto – no âmbito de suas respectivas competências – remete o interprete à lei que criou o órgão." (in Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 7.ª edição, p. 891)*

Assim, considerando que a Constituição Federal atribui diretamente a cada um dos entes políticos autonomia para organizarem-se política e administrativamente, a definição das regras relativas ao processo administrativo, de que fala expressamente o artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, cabe a cada um dos Municípios e Estados, ao Distrito Federal e à União, no âmbito de suas competências.

4 – DAS CONDUTAS INFRATIVAS:

4.1 - DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A promoção "LUZES, CÂMARA, AÇÃO!" foi dirigida ao público infantil como assoalha toda a comunicação mercadológica e a publicidade criada para sua divulgação.

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

407

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

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

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."***

---

[4] 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."

[5] "Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
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 digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

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.

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, houve uma revolução na Internet e na televisão por assinatura, com o advento de canais exclusivos ao público infantil, além que já era veiculado na TV aberta. O ambiente da mídia foi modificado e impôs ao aplicador da lei a tarefa de subsumir esta nova realidade à norma de ordem pública que proíbe a veiculação de publicidade que prevaleça da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e do adolescente.

Esta proteção especial se dá justamente porque a criança ainda está em desenvolvimento, não sendo capaz de tomar decisões ponderadas quando colocada diante de uma publicidade, que, na maioria das vezes, ela nem identifica como tal. Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing* e, tampouco, de se defender do seu caráter persuasivo. É o que explica Noemi Friske Momberger[7]:

> ***"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."***

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

409

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 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 [10]

Vê-se, assim, que o cuidado quanto ao conteúdo da publicidade dirigida ao público infantil constitui preocupação global e referendada por profissionais das mais diversas áreas, não se tratando de "subjetivismos" da Fundação PROCON-SP como insinua a autora.

A esse respeito, afirma ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN[4]:

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

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

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

410

> ***"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. 18-19 do PA):

> *"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).*
> *(...)*
> ***As crianças não têm, os adolescentes não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade*** *que um adulto e, portanto, não* ***estão com condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo. A luta é totalmente desigual."*** *(g.n).*

Conforme entendimento do supracitado professor, não há resistência moral suficiente nas crianças, como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica e elas não estão em condições de enfrentar com paridade a pressão exercida pela publicidade nas questões tangentes ao consumo. E remata: "A LUTA É TOTALMENTE DESIGUAL".

Nessa linha, fazendo referência ao professor Yves de La Taille, o psicólogo Ricardo Moretzohn[5] conclui:

[5] Discurso por ocasião da audiência pública realizada na Câmara dos Deputados Federais em 30/08/2007.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

411

"Autonomia intelectual e moral é construída paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o individuo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, do ponto de vista tanto cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. ***Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças.*** *Logo,* ***existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor realmente tem essas qualidades."*** *(g.n).* (fls. 19).

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

Fazendo alusão ao citado documentário, aponta o Instituto Alana que "a indústria descobriu que é mais fácil convencer uma criança do que um adulto, então, as crianças são bombardeadas por propagandas que estimulam o consumo e que falam diretamente com elas. O resultado disso é devastador: crianças que, aos cinco anos, já vão à escola totalmente maquiadas e deixaram de brincar de correr por causa de seus saltos altos; que sabem as marcas de todos os celulares mas não sabem o que é uma minhoca; que reconhecem as marcas de todos os salgadinhos mas não sabem os nomes de frutas e legumes. Num jogo desigual e desumano, os anunciantes ficam com o lucro enquanto as crianças arcam com o prejuízo de sua infância encurtada."[6](g.n).

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

[6] http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40. Em 04/05/2001.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

412

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Nos termos do Auto de Infração nº 3211, série D7, de 08/12/2009, dos Autos do Processo Administrativo nº 1464/2009, constatou a ré ter a autora praticado publicidade enganosa e abusiva em patente afronta aos comandos do artigo 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Veiculou ela campanha publicitária intitulada "LUZES, CAMÊRA, AÇÃO", vigente no período de 10.12.08 a 27.02.09, direcionada ao público infantil. A promoção consistia na distribuição, por sorteios, de prêmios, dentre outros, a participação em filme estrelado pela apresentadora de televisão "Xuxa" e DVD "Xuxa Festa", sendo necessário para participação o envio por mensagem de texto SMS de código fornecido com o cupom fiscal decorrente da compra de R$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca NESTLÈ.

Considerando a criança como o público alvo da promoção e a sua condição de vulnerabilidade e hipossuficiência, a irregularidade da publicidade é evidente, de modo que estimula o consumo como forma de participação em filme protagonizado por personalidade de grande interesse do imaginário da criança, ignorando a satisfação da real necessidade do consumidor como motivo da compra.

O comercial de TV inicia-se com a fala da apresentadora "Xuxa" com a pergunta ao telespectador se ele quer participar de seu próximo filme ("O Fantástico Mistério de Feiurinha"), afirmando ser muito fácil e terminando por conclamar, de forma imperativa, a participação por intermédio da frase participe, hein!, aproveitando, destarte, da deficiência de julgamento e experiências das crianças.

Desse modo, a campanha apresentou-se irregular por aproveitar-se da deficiência de julgamento e experiência das crianças, utilizando-se de práticas em publicidades repudiadas inclusive pelo Conselho de Auto –Regulamentação Publicitária – CONAR –, que determina que o anunciante deve abster-se da utilização de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo quando o produto for destinado à criança, configuração, destarte, publicidade abusiva nos termos do artigo 37, §2º da Lei 8.078/90.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

413

A autora, por sua vez, não reconhece a infração, e busca eximir-se de sua responsabilidade apresentando uma mescla de repisadas alegações, em linhas gerais, a saber:

1) Que o público alvo de tal promoção não é o infantil, uma vez que a promoção dependia de uma sequência de atos - compra de produtos em valor acima de R$ 7,00, identificação do código promocional em cupom fiscal, com posterior envio de mensagem SMS em celular próprio -, que inviabilizava a participação de crianças, exigindo a presença de um adulto;

2) Que a apresentadora Xuxa, não é, atualmente, uma personagem de interesse do imaginário infantil, sendo que a programação da campanha foi divulgada em intervalos de programas, na maioria, telejornalismo, novelas e filmes, que não eram destinados ao público infantil. E dentre os 10 ganhadores, apenas uma criança participou do filme, e os demais prêmios foram distribuídos para ganhadores com idade superior a 12 anos, tratando-se de adolescentes nos termos do Estatuto da Criança e Adolescentes;

4) Que os prêmios são de interesse do público jovem e adulto, ressaltando-se que a propaganda televisiva só se utilizou de atores adultos para a divulgação da promoção.

Subsidiariamente, em caso de ser reconhecido que a propaganda era direcionada ao público infantil, alega: a) inexistência de vedação legal para veiculação de propaganda destinada ao público infantil, o que afrontaria o princípio da legalidade; b) que aludida campanha não representa nenhuma irregularidade, de modo que não incentiva o consumo exagerado de produtos Nestlé ou contribui com a obesidade infantil, como tenta induzir o Instituto Alana; c) que a educação alimentar é de responsabilidade exclusiva dos pais da criança; d) não haveria abuso ou apelo imperativo na campanha publicitária da promoção intitulada "LUZES, CAMÊRA, AÇÃO"! E o conteúdo imperativo da publicidade chamando os consumidores à participação da campanha seria uma praxe no mercado publicitário e, assim sendo, a proibição de veiculação de propaganda pelo simples fato de ser destinada ao público infantil representaria cerceamento à manifestação do pensamento e violação aos princípios da livre concorrência e da igualdade, uma vez que as empresas concorrentes continuariam a veicular propagandas destinadas ao público infantil.; e) não haveria qualquer registro de reclamação de consumidores no sentido de que estaria estimulando de forma indevida o consumido dos produtos Nestlé pelas crianças.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

414

Sorte alguma lhe socorre, vez que nenhum dos argumentos esposados autora possui o condão de demonstrar que a campanha publicitária intitulada "LUZES, CÂMARA, AÇÂO" não é direcionada ao público infantil e que a verdadeira razão da compra dos produtos NESTLÉ não era necessidade ou mesmo a qualidade desses, mas sim a vontade das crianças em ganhar os prêmios ofertados, aproveitando, destarte, da deficiência de julgamento e experiência do público infantil. Observemos:

Primeiro, a forma de participação da promoção, que se deu através do *sistema móbile marketing*[7], não é e nem foi, em nenhum momento, fator impeditivo para a ocorrência de exposição da referida campanha publicitária ao público infantil. Para tanto, basta verificarmos a quantidade de produtos hoje destinados à criança como, por exemplo, brinquedos, roupas, cuja divulgação se dá, Frequentemente, através de importantes canais de mídia (*televisão, rádio, revista, jornais, internet etc.*). É óbvio que tais produtos, na maioria das vezes, não são adquiridos diretamente pelas crianças, necessitando elas do intermédio de um adulto para aquisição da mercadoria anunciada, fato que não interfere na capacidade de influência da publicidade voltada ao público infantil que o atinge diretamente no "desejo" de ter ou "participar" da promoção anunciada, como se deu no presente caso.

Narra o Instituto Alana, citado o estudo desenvolvido em 2007 pela TNS para a América (fls. 234/249) "**que as crianças ao se sentirem influenciadas pela mídia, exercem sobre os pais um intenso poder a respeito das decisões de consumo familiares**. Fator que contribui para tanto é o fato de que a publicidade, no mais das vezes, super valoriza a força da marca de certos produtos com o objetivo de estimular a sua comercialização, além de privilegiar a imagem em si, reforçando a idéia de que é necessário ter produtos para que se seja incluído no grupo ou mesmo na sociedade" (fls. 13). (g.n).

[7] *Móbile marketing* significa termo usado em campanhas de marketing para dispositivos móveis, em geral, telefones celulares, que permitem que o consumidor interaja com as marcas ofertadas em qualquer momento e em todo lugar.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

415

É conhecido "fator amolação".

Considerando os dados acima e a opinião de que as crianças são um verdadeiro 'alvo' para as agências de marketing, conclui o Instituto, citado o publicitário Nicolas Montigneaux (fls. 14):

> As empresas acabaram reconhecendo essa realidade econômica.
> (...)
> Trata-se de uma população fortemente influenciadora, participante das decisões de compra de produtos e serviços que lhe dizem respeito diretamente ou que fazem parte do conjunto familiar. A criança não se contenta apenas em escolher os objetos para seu próprio uso, ela influencia também o consumo de toda a família. Sua influência ultrapassa, de longe, sua própria esfera de consumo.
> (...)
> **A criança é utilizada, igualmente, cada vez mais, como influenciadora de seus pais na questão de produtos que não lhe são diretamente destinados".**

Para arrematar o raciocínio acerca do poder de influência das crianças na hora das compras, discorre a pesquisadora e economista Mônica Monteiro da Costa Boruchovitch:

> **"São crianças informadas. São consumidores. Apesar de não exercerem diretamente a compra têm grande poder de influenciar o que será consumido pela família e são público alvo para milhões de dólares investidos mensalmente em publicidade. No entanto, ao mesmo tempo, são crianças ainda frágeis diante das ilusões do mundo midiático.** Crianças que ainda misturam realidade com a realidade televisionada e tem grande dificuldade em separar o que gostam do que não gostam na televisão nossa de todos os dias". (g.n).

Ainda que assim não fosse, há de se convir que nos dias atuais, ao revés do que pretende emplacar a autora, é fato notório que, dependendo da idade da criança, ela além de ser detentora de um aparelho celular, manipula-o com invejável destreza, bem como, com a mesma facilidade consegue, sem ajuda de adultos, comprar produtos e enviar mensagem de texto SMS.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

416

Note que a pesquisa "CARTOON NETWORK KIDS" corrobora que as crianças possuem contato intimo com a tecnologia, ao apurar que os presentes favoritos do dias das crianças galgam o *podium,* no primeiro lugar, produtos como Mp3, Mp4/iPod (total entre meninos e meninas de 42%); em segundo, o dinheiro (total entre meninos e meninas de 40%); e em terceiro, *video games* (total entre meninos e meninas de 38%. (fls. 75).

Segundo, o argumento de que a apresentadora "Xuxa" não é, atualmente, vista como uma personalidade pública voltada ao universo infantil, não alcança nem ao menos à verossimilhança.

É cediço que aludida apresentadora, também reconhecida pelo título "Rainha dos Baixinhos", tem seu nome projetado à diversas marcas de produtos, em sua maioria, ainda voltados ao público infantil, dentre eles, os próprios produtos participantes da promoção discutida (DVDs da Xuxa e o próprio filme estrelado por ela).

Além disso, a apresentadora mantém parque de diversões, denominado "PARQUE DA XUXA", localizado nesta Capital, em plena atividade e que, apesar de "permitir" a presença de adultos é totalmente destinado ao público infantil.

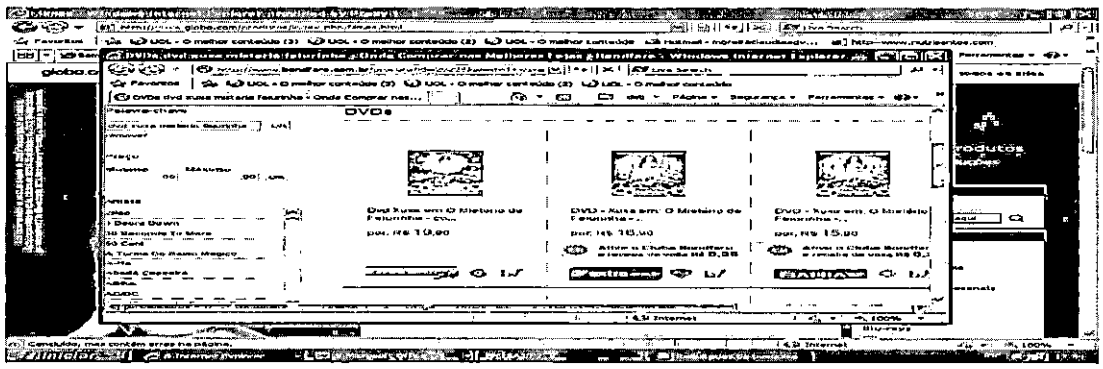
Veja-se que, sem maiores e desnecessárias delongas a respeito de qual camada social e faixa etária, a apresentadora "Xuxa"consegue angariar maiores admiradores, o certo é que a promoção publicitária veiculada pela autora e protagonizada por esta artista é claramente direcionada ao público infantil e estimula o consumo como forma de ganhar prêmios, dentre outros, frise-se, DVDs da "Xuxa" e participação em filme protagonizado por ela ("Xuxa e o Mistério de Feiurinha").

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

417

Tanto é que referida película trata-se de uma adaptação do livro "*O Fantástico Mistério de Feiurinha*" do escritor Pedro Bandeira que é autor de dezenas de obras voltadas à comunidade infanto-juvenis.

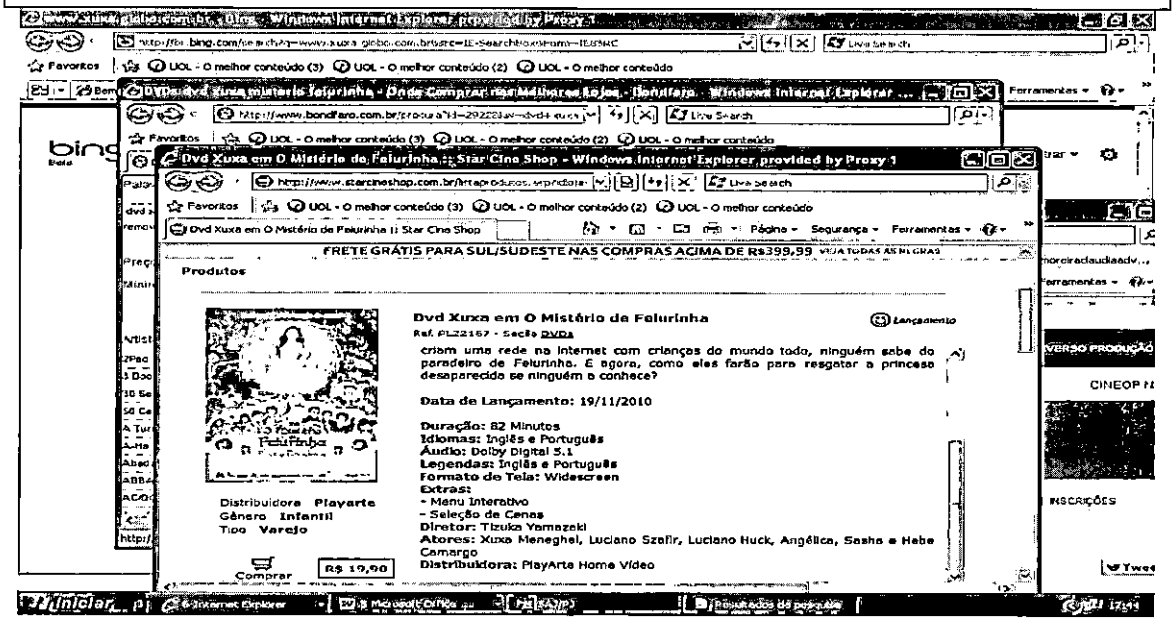
Além disso, conforme pode-se verificar em *prints* abaixo, consoante informação em *sites* atrelados à página virtual[8] da apresentadora "Xuxa", o gênero do filme em questão é o **INFANTIL**:



[8] http://xuxa.globo.com/produtos/index.php/filmes.html. Consulta em 15/10/2012.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

418



Por outro lado, ainda que se considerasse a hipótese aventada pela autora de que a programação da campanha foi divulgada predominantemente em intervalos de programas como novelas e filmes, não significa que não fora direcionada ao público infantil e que efetivamente os atingiu.

Ora, é de sabença geral que as crianças de hoje assistem novelas, filmes e tantas outras programações do gênero, o que é lamentável, mas é a realidade da sociedade brasileira. Inclusive, é da mesma sabença, que usa-se atualmente às novelas voltadas tanto aos infantes como aos adultos para fazer publicidade de tudo quanto é produto.

No Brasil de hoje, pouco lúdico, sua gente, **crianças, adultos e idosos**, param o país para assistirem último capítulo de novela[9]. E vilão do folhetim, cujo papel era explorar as crianças, torna-se ídolos delas[10].

[9] Trata-se da novela "Avenida Brasil" da rede globo. http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/10/brasil-para-no-ultimo-capitulo-de-avenida-brasil.html. Consulta em 22/10/2012.
[10] Trata-se do ator José de Abreu que interpretou o vilão denominado "Nilo". http://www.dignow.org/post/jos%C3%A9-de-abreu-%E2%80%98risada-de-nilo-foi-um-caco%E2%80%99-4664970-67021.html. Consulta em 22/10/2012.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Ainda nesta mesma pátria, pesquisas demonstram que as crianças reconhecem as logomarcas de grandes empresas muito mais do que os animais que compõem a fauna brasileira[11].

E essa nova realidade nacional exige das empresas o abandono da postura egoísta, cômoda e exclusivamente capitalista de só visarem o lucro a qualquer custo, a começar com o compromisso de não veicular publicidade abusiva que aproveita da deficiência de julgamento e experiências das crianças, pois estas, como *esponjas,* absorvem tudo que lhe é direcionado - sem conotação maniqueísta, seja para o bem ou para o mal -, e suas escolhas ou pedidos aos pais ou responsáveis não são originados de necessidades ou desejos próprios, mas pelas seduções e imposições do mercado e da mídia.

Terceiro, a hipótese aventada pela autora de que os ganhadores da promoção eram adultos, e que havia apenas a presença de uma criança participando das gravações do filme da "Xuxa", não comprova que o público infantil não foi influenciado pelo material publicitário, amplamente divulgado em importantes meios de comunicação, inclusive na internet. Pelo contrário, demonstra que se houve criança (01 ou várias) participando de tal filme, a publicidade direcionou-se e de fato alcançou o público infantil.

Quarto, o fato da autora só ter-se utilizado de adultos na campanha publicitária não significa, em nenhuma hipótese, que ela é direcionada para mencionado público.

[11] http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40. Em 04/05/2001.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

A campanha versa sobre promoção com distribuição de prêmios com apelo ao público infantil associado à apresentadora/pessoa/celebridade também de apelo ao público infantil, conhecida como "Xuxa" ou "rainha dos baixinhos", que começa sua fala na campanha publicitária com a pergunta ao telespectador se ele quer participar do seu próximo filme, afirmando ser muito fácil e terminando por conclamar, de forma imperativa, a participação por intermédio da frase: "PARTICIPE, HEIN"! Que a autora, mesmo reconhecendo ser imperativo o comando, alega tratar-se de praxe do mercado publicitário.

Por derradeiro ao revés do que pretende fazer crer a autora, não se está a discutir nestes autos vedação de propaganda destinada ao público infantil, mas, sim, sobre campanha publicitária abusiva que efetivamente aproveitou-se da deficiência de julgamento e experiência das crianças.

Da mesma forma, não se está querendo isentar os pais de suas responsabilidades no tocante a alimentação de seus filhos.

Todavia, no caso em discussão, é nítida a estratégia dela em estimular o consumo exagerado, consumo por razões diversas que não a necessidade dos produtos comercializados por suas reais qualidades, assim como em valer-se dos pequenos para que influenciem, de forma determinante, nas decisões de compra da família.

Na publicidade em tela, considerando o público-alvo infantil, a verdadeira razão da compra não era necessidade ou mesmo a qualidade dos produtos Nestlé, mas sim a vontade das crianças em ganhar os prêmios ofertados. Agindo assim, a autora infringiu, sim, às normas consumeristas.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

421

Sabe-se que hodiernamente, diversas nações e a sociedade como um todo movimentam-se a fim tomar medidas de proteção da criança e adolescente ante as conseqüências negativas produzidas pela publicidade abusiva, tais quais excesso de peso e outros distúrbios.

Relata o Instituto Alana que segundo a Academia Americana de Pediatria, "O marketing de alimentos e bebidas influencia as preferências e solicitações da crianças, e o consumo, pelo menos em curto prazo, contribuindo para dietas menos saudáveis e riscos de problemas de saúde". (fls. 28 do PA). Declara ainda a Academia que "tal como o fumo, a obesidade infantil é uma doença pediátrica".

Na mesma linha, a tese de dourado de PAULA CAROLINA NASCIMENTO apresentado junto ao Departamento de Educação da Universidade de São Paulo, comprovou que os artifícios da publicidade voltada à criança geram desastrosas conseqüências. Seu estudo conclui que cerca de 82% dos comerciais televisivos sugeriam o consumo imediato de alimentos, cerca de 24% dos alunos que os assistiam apresentou sobrepeso ou obesidade. (fls. 29/30 do PA).

E mais, o Instituto Alana referindo-se à pesquisa da Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica, relata que no Brasil os efeitos da comunicação mercadológica dirigida às crianças e obesidade infantil são devastadores: entre 1974/75 e 1996/97, verificou-se um aumento de 4,1% para 13, 9% na incidência de sobrepeso ou obesidade entre crianças e adolescentes de seis a dezoito anos somente nas regiões Sudeste e Nordeste. As causas apontadas seriam, dentre outras, o aumento do consumo de produtos ricos em açucares simples e gordura. (fls. 11 do PA).

No mais, não se pode ignorar que o processo legislativo não acompanha as mudanças sociais na mesma velocidade com que a sociedade as determina.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

422

No entanto, como dito, o cenário atual demonstra a crescente preocupação com o uso do marketing de alimentos voltado para crianças. Basta verificar o movimento mundial de regulamentação sobre o tema [12].

No Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária instituiu grupo de trabalho para regulamentar a propaganda de alimentos através da Resolução nº 73/2005. Referido grupo teve como participantes Ministério Público Federal, Sociedade Brasileira de Pediatria, Conselho Nacional de Auto regulamentação Publicitária, Comissão de Assuntos Sociais do Senado, antigo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça – DPDC, Conselho Federal de Nutricionistas, dentre outras entidades, tendo finalizado seus trabalhos em julho de 2006 com a apresentação da Proposta de Resolução CP nº 71/2006.

A minuta do regulamento proposta pela Consulta Pública nº. 71/2006 teve entre seus objetivos e destaques: controlar a publicidade de alimentos; conferir proteção especial ao público infantil (crianças de 0 a 12 anos, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente); proibir brindes, prêmios, bonificações e apresentações especiais, condicionadas a aquisição de alimentos; utilizar figuras, desenhos, personalidades e personagens que sejam cativos ou admirados por esse público alvo.

A Consulta Pública, datada de 10 de novembro de 2006, permaneceu aberta para contribuições até 1º de abril de 2007, tendo ocorrido a Audiência Pública, etapa final do processo, no dia 20 de agosto de 2009, restando apenas a publicação da resolução.

[12] Hawkes, Corinna. Marketing de alimentos para crianças: o cenário global das regulamentações / Organização Mundial da Saúde; tradução de Gladys Quevedo Camargo. – Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2006.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

423

Nessa seara, tem-se ainda o Projeto de Lei nº 5.921/2001 que versa sobre a proibição da publicidade infantil, em tramitação.

Logo, o caso vertente tão somente reflete o conceito de abusividade já arraigado em nossa sociedade.

Finalmente, descumpre definitivamente olvidar a autora que para haver a caracterização da infração ao Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, a autuação pela constatação de violação à referida norma, é **dispensável a existência de dano ou lesão ao consumidor.**

A lesão, dano ou prejuízo causado ao consumidor, no que tange a possibilidade de autuação, acaba por ser mero desencadeamento da prática irregular, ao passo que ao praticar-se uma conduta em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor , **o dano é sempre potencial**; o consumidor estará sempre em vias de ser lesionado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles[13], a extensão do poder de polícia abrange desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e transportes até a segurança nacional. Acrescentando, ainda, que: "onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado, haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção desses interesses. **É a regra, sem exceção**".[14]

[13] *Op cit.*, p. 134.

[14] *Ib idem.* (grifos nossos).

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

424

Além disso, o artigo 56, do Código de Defesa do Consumidor e, o artigo 2º, da Portaria Normativa PROCON nº 26/06 (com nova redação dada pela Portaria Normativa PROCON nº 33/09), são claros ao dispor acerca da suficiência da **constatação** da conduta violadora, sem qualquer exigência acerca da comprovação de dano ao consumidor.

Logo, impossível considerar que para que se proceda à autuação seja necessário haver de fato eventual dano ao consumidor. Nesse sentido, Claudia Lima Marques, descreve que:

> *"O fundamento da imposição das sanções (...) deve ser sempre a* ***prevenção*** *de* ***risco ao consumidor.*** *(...). Ou seja, visa* ***proteger o consumidor*** *contra riscos decorrentes do objeto (...)".*[15]

A autuação perderia o próprio objeto caso fosse necessário primeiro haver, *in* concreto, dano ao consumidor.

A aplicação de sanção visa justamente prevenir; cessar o dano ou a potencialidade deste aos consumidores e, ao mesmo tempo, educar e evitar que o fornecedor reincida naquela infração.

Por tudo que se viu, a verdade é uma só: a autora, sabedora de sua responsabilidade, tenta legitimar sua conduta irregular atacando respeitáveis documentos jurídicos e científicos, tais como, pesquisas, trabalhos acadêmicos, consulta pública, projetos de lei, e legislação consumerista amealhados nos autos que dão conta do quanto uma campanha publicitária pode comprometer a saúde e desenvolvimento de uma criança, restando, inconteste, portanto, a infração ao Código de Defesa do Consumidor.

[15] *Op cit.*, p. 858. (grifos nossos).

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

425

4.2. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

É dos autos que a autora também violou os comandos do artigos 31 do Código de Defesa do Consumidor pelas subsequente razões:

- Deixou de informar ostensiva e adequadamente o custo para envio da mensagem de participação na campanha publicitária "LUZES, CÂMARA, AÇÃO", uma vez que é apresentado texto em reduzidas letras que permanece visível por poucos instantes, tornando difícil a leitura;

- Veiculou campanha publicitária relativa à promoção "NESTLE TORCE POR VOCÊ", deixando de informar no "relatório gerencial" por meio do qual fornecia o código para participação na promoção e o número para o qual a mensagem deveria ser enviada, o custo relativo de cada mensagem.

A autora, por seu turno, busca novamente esquivar-se de sua culpa ante a violação à lei de consumo, aduzindo num primeiro momento, na seara administrativa, que o consumidor teria tido informação quanto ao custo do envio de SMS também através de "mensagens de resposta" ao celular dos participantes (fls. 498 do PA), o que só *confirma* a prática da conduta infratora, na medida em que o consumidor é informado do custo ***APÓS*** enviar a mensagem e não *antes do envio*, momento em que poderia optar sobre a viabilidade de sua participação nas referidas promoções .

Em juízo, opta pura e simplesmente pela negativa geral, alegando em relação à campanha "LUZES, CÂMARA, AÇÃO" que em todos os meios publicitários para a divulgação da promoção, incluindo o custo do envio de SMS, foram disponibilizados de forma clara e adequada, no tempo e em tamanho que possibilitasse a plena visualização do consumidor. E que o consumidor teve acesso aos meios de divulgação da promoção para verificar os termos e condições da participação.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

426

Em relação à promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", do mesmo modo, alega meramente que em *todo o material da campanha era informado o custo relativo à mensagem, e que o "relatório gerencial" mencionado pela autuante não é um material publicitário de divulgação da promoção, e serve apenas para indicar o código promocional a ser enviado via SMS. Além disso, os documentos de fls. 464 e 465 do PA foram emitidos por estabelecimentos comerciais que não pertencem à empresa autora.*

Aqui como acolá, razão alguma lhe assiste.

No que pertine à campanha "LUZES, CÂMARA, AÇÃO", verifica do filme publicitário que a informação quanto ao custo da mensagem de texto SMS foi oferecida apenas quando inicia a publicidade, em torno de 03 (três) segundos em letras brancas, miúdas e com fundo branco, ou seja, sem nenhuma ostensividade e completamente inadequado. Quiçá, até mesmo imperceptível numa filmagem em "slow motion".

E ainda que o consumidor tivesse acesso a outros meios de divulgação da promoção como aventado pela autora, não lhe é retirado o dever de prestar referida informação de maneira clara, adequada e ostensiva quando da veiculação da publicidade, o que não ocorreu *in casu*.

Em relação à propaganda "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", verifica-se nos "relatórios gerenciais" (fls.464/465), a veemente publicidade:

Promoção Nestlé Torce por Você: envie o código via mensagem de texto (sms) do seu celular para 70000 e participe!!!
Código: XXXX

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

427

Desse modo, não é crível o argumento da autora de que o "relatório gerencial", por meio do qual era fornecido o código para participação na promoção e o número para o qual a mensagem deveria ser enviada, não é um material publicitário. Se em tal cupom é fornecido o código para participação da promoção, mas do que nunca, ali, dever-se-ia informar o custo para o envio da mensagem de texto.

Portanto, descabem por completo os argumentos da autora.

O Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os princípios da transparência e da informação, corolários do princípio da boa fé-objetiva, estipula que todo produto ou serviço deva ser acompanhado das informações quanto às suas principais características.

A boa-fé, em sentido amplo, é um conceito essencialmente ético, que podemos definir com base no magistério de ALÍPIO SILVEIRA como **"a consciência de não prejudicar a outrem em seus direitos"**. Em sentido estrito é essa mesma consciência de não prejudicar, quando fundada no erro ou ignorância.[16]

O artigo 31, do Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente, conforme abaixo transcrito, exige que sejam prestadas informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidade, quantidade, composição, preço, prazos de validade e origem, entre outros dados:

> *"Art. 31 A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem **assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas** e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores". (grifos nossos)*

16 "A boa fé no direito civil", *in*: Revista Forense, vol. LXXXVI, abril – 1941, p.14.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

428

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, autor do Anteprojeto da Lei 8078/90, a respeito da aplicabilidade do artigo acima descrito

> *"O dispositivo tem, na sua origem, **o princípio da transparência**, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, caput). Por outro lado, é decorrência também do princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor.*
>
> *Com efeito, 'na sociedade de consumo o consumidor é geralmente mal informado. Ele não está habilitado a conhecer a qualidade do bem ofertado no mercado, nem a obter, por seus próprios meios, as informações exatas e essenciais. **Sem uma informação útil e completa, o consumidor não pode fazer uma escolha livre**".*[17]

5 - FUNDAMENTO JURÍDICO E LEGALIDADE DA PENALIDADE APLICADA.

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

No Estado de São Paulo, por força do art. 3º, XI, da Lei Estadual n.º 9.192/95, à Fundação PROCON compete o exercício do poder de polícia para fiscalizar o estrito cumprimento pelos fornecedores de produtos e serviços das normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo estabelece duas importantes regras: uma de *competência* para a imposição de penalidades e outra de *finalidade*, já que a punição de condutas infrativas busca persuadir o fornecedor ao estrito cumprimento dos comandos de ordem pública prescritos no Código de Defesa do Consumidor e, por ele não obedecidos.

[17] "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 177/178. (grifos nossos)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

429

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 art. 56, as penalidades aplicáveis. E no art. 57, cuida de estabelecer os critérios de fixação da pena de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor), bem como, seu valor mínimo e máximo.

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

Justamente com o escopo de dar concreção aos conceitos abertos contidos no art. 57, da Lei n.° 8.078/90 e, sobretudo, dar transparência ao procedimento de apuração da conduta infrativa e quantificação da multa, a Fundação PROCON editou a Portaria n.° 26/06 com nova redação dada pela Portaria 33/09, que tornou público todos os critérios por ela utilizados para definir e quantificar do que vem a ser infração grave, vantagem auferida e poderio econômico do infrator.

A regulação por Portaria, que tem lastro na competência concorrente do Estado para regulamentar relações de consumo contemplada pelo art. 55, da Lei n.° 8.078/90, não criou direitos nem obrigações. Cuidou de estabelecer critérios claros para a correta individualização da pena imposta ao fornecedor que descumpre a

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

430

legislação consumerista, havendo ali expressa menção acerca das formas de apuração da vantagem econômica, gravidade da infração e porte econômico do infrator.

Zelmo Denari[18], ao analisar a questão, assevera que ao lado das normas jurídicas emanadas pelo Poder Legislativo, existem as normas não legislativas, provenientes de atos administrativos menos solenes como os decretos, circulares e portarias. Por conterem normas jurídicas, assim como as leis, obrigam seus destinatários na medida das condutas que prescrevem.

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

Sem dúvida, é esse o caso dos autos, já que a Fundação PROCON, por meio da Portaria nº 26/06 com nova redação dada pela Portaria 33/09 que embasa a multa aplicada à autora, cuidou de dar transparência ao processo de fixação da multa ao estabelecer, de forma precisa, os critérios de sua quantificação, sempre com o objetivo de proceder à adequada individualização da pena nos termos do que determina o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

E a legalidade das Portarias Normativas editadas pela Fundação PROCON 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 que, em 14/03/12, por meio do Órgão Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, decidiu, por unanimidade, que as

[18] "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto". 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 559.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

431

portarias editadas pela recorrida são válidas e legais, corroborando mais de uma centena de acórdãos sobre o tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita: (acórdão anexo)

> ***CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon n° 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pala Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada.***

5. 1 - ANÁLISE DO CASO CONCRETO - DA MULTA APLICADA À AUTORA.

No caso em tela, à autora, foi imposta multa administrativa no importe de R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete reais, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), consoante se pode inferir da decisão administrativa condenatória proferida em "1ª instância" (fls. 548 do PA), a qual foi mantida quando do julgamento do recurso administrativo (fls. 610 do PA).

O valor levou 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 se infere do demonstrativo de cálculo acostado às fls. 468 do PA.

Considerando o grande porte econômico da autora, conforme ela mesma púbica em seu sítio eletrônico "**maior empresa mundial de alimentos e bebidas**"[19], o valor da multa não poderia ser tão baixo a ponto de lhe retirar seu imprescindível caráter punitivo e educativo, porquanto deve ser apta a gerar ressentimento financeiro ao infrator.

[19] http://www.nestle.com.br/site/anestle.aspx. Consulta em 22/10/2012.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

Deve ela ser proporcional ao seu porte econômico e à gravidade da infração, desconsiderada, *in casu*, a vantagem financeira, porquanto não apurada. (g.n).

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

5.2 - DA FORMA DE APURAÇÃO DO PORTE ECONÔMICO

A Portaria n° 26/06 com nova redação dada pela Portaria n° 33/09, dispõe sobre os critérios de apuração da condição econômica do ofensor. A receita mensal bruta do fornecedor referente, de preferência, aos três meses contemporâneos à infração, constitui a base de cálculo do valor da multa.

Um dos objetivos da pena pecuniária é desestimular os infratores, e se a multa tivesse valor irrisório, muito provavelmente o transgressor não se sentiria incomodado e o ato punitivo não atingiria seu fim – demovê-los da reiteração das condutas que afrontem o Código de Defesa do Consumidor. 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. 5°, *caput*, da Constituição Federal.

E a Portaria n° 26/06 com nova redação dada pela Portaria n° 33/09 estabeleceu a possibilidade do infrator comprovar sua receita mensal média, através de documento hábil. Nota-se pelas cópias do processo administrativo que a autora, em todas as oportunidades que teve para se manifestar não impugnou o valor estimado, razão pela qual, não restou à Fundação outra alternativa que a de manter a estimativa da receita.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

433

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

5.3 - GRAVIDADE DA INFRAÇÃO E VANTAGEM AUFERIDA.

A gravidade das infrações cometidas pela autora é evidente.

Desrespeitou em oportunidades diversas os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, seja veiculado campanha publicitária que aproveita-se a de deficiência de julgamento e experiência da criança, seja inobservando o direito à informação.

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

A gradação da gravidade, por sua vez, seguiu os critérios prescritos na Portaria n.º 26/06 com nova redação dada pela Portaria nº33/09. Com base na análise do caso concreto e na lesividade da conduta, a Fundação PROCON, no exercício do seu poder discricionário, enquadrou as infrações nos "grupos e "I e III", numa graduação que vai de I a IV, haja vista o largo potencial ofensivo das condutas objeto da punição administrativa.

Quanto à vantagem auferida pelo fornecedor, é certo que nenhum acréscimo à penalidade houve com base nesse motivo (vide expressão "vantagem não

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

434

apurada" no demonstrativo de arbitramento da multa – fls. 468, dos autos do processo administrativo).

Nesse passo, a não constatação de vantagem não impede a aplicação da penalidade, de modo que os critérios previstos no art. 57, *caput*, da Lei n.° 8.078/90 são independentes entre si.

5.4 - INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE OU DESVIO DE FINALIDADE

A Fundação PROCON-SP, em atividade há mais de 25 anos na fiscalização do mercado de consumo e precursora na defesa do consumidor, nunca pautou sua atuação em fins arrecadatórios. Trata-se de instituição séria que conta com orçamento próprio para o desempenho das suas atividades, sendo leviana a afirmação de que a multa aplicada reveste-se de intuito *arrecadatório para o órgão de atuação*. Se as penalidades revertem em favor desta instituição pública – responsável pelo atendimento de milhões de consumidores em todo o Estado de São Paulo - é porque conta com expressa autorização conferida pelo art. 7°, VI da Lei 9.192/95[20], atendendo-se, destarte, ao princípio da legalidade.

Tanto que, contrariamente ao desejo da autora, optou por lavrar um único auto de infração englobando várias violações, exatamente para não penalizá-la com várias multas.

---

[20] Artigo 7° - Constituirão recursos da Fundação: I - a dotação orçamentária que lhe seja consignada anualmente, no orçamento do Estado; II - as subvenções que lhe venham a ser atribuídas pela União, por outros Estados e Municípios, ou por quaisquer instituições públicas ou entidades privadas de utilidade pública estadual; III - as doações, auxílios, contribuições, patrocínios ou investimentos que venha a receber de instituições públicas ou entidades privadas de utilidade pública estadual; VI - as receitas próprias decorrentes de serviços prestados; V - a renda de seus bens patrimoniais; **VI - a renda proveniente da aplicação de penalidades por infrações às normas legais de proteção e defesa do consumidor**; e VII - o rendimento de aplicações financeiras sobre saldos disponíveis. (g.n.)

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

435

Tivesse a ré mero intuito arrecadatório, lavraria um auto para cada uma das infrações, com multas que alcançariam, isoladamente, o mesmo valor, dado o faturamento bruto da autora.

Melhor seria que fornecedores como a autora pautassem sua atividade econômica no respeito aos comandos de ordem pública e interesse social prescritos na Lei 8.078/90.

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

Como bem observado nos Embargos de Declaração nº 0613133-23.2008.8.26.0053/50000, em que é embargante CRED SYSTEM ADMINISTRADORA DE CARTOES DE CREDITO LTDA sendo embargado FUNDAÇAO DE PROTEÇAO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON/SP:

> *(...)*
>
> *Por outro lado, cumpre esclarecer que não há qualquer antinomia entre o art. 57, do CDC, e o art. 7°, inciso VI, da Lei Estadual n° 9.192/95.*
> *O próprio caput do art. 57 abre espaço para a perfeita compatibilização dos fundos destinatários das rendas auferidas com base na aplicação de penalidades de multa.*
> *Confira-se o dispositivo:*
> *"Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União,* ***ou para os Fundos estaduais e municipais de proteção nos demais casos****". (grifei)*
> *Por consequência, não há também qualquer mácula ao princípio da moralidade administrativa, previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal.*
> *Não se detectou qualquer pecha de inconstitucionalidade do art. 7°, inciso VI, da Lei Estadual n° 9.192/95, em relação ao referido dispositivo constitucional.*

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

O destino das multas obedece a dispositivo legal e à ré, interessa tão somente o cumprimento das normas consumeristas. O intuito da Fundação Procon é que a autora passe a observar as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Por todo o exposto, resta evidente que a multa aplicada à autora é justa e decorre de flagrante afronta aos comandos dos artigos 31 e 37, §2º, ambos do Código de Defesa do Consumidor. A Administração Pública, na pessoa da Fundação PROCON, exerceu o poder de polícia que lhe foi conferido pela Lei Estadual 9.192/95, dentro das normas regulamentares impostas pela Portaria 26/06 com nova redação dada pela Portaria nº 33/09 e dos limites qualitativos e quantitativos previstos nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, no exercício da sua discricionariedade.

Por sua vez, a reprimenda imposta não fere o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso porque seu *quantum*, compatível com o porte econômico da autora, tem por finalidade gerar ressentimento financeiro em grau suficiente para ser capaz demovê-la da reiteração da prática infrativa e educá-la no sentido de que as regras de ordem pública prescritas na Lei 8.078/90 devem ser respeitadas.

Quiçá a autora passe a tomar maiores cautelas no desempenho de suas atividades como fornecedor, respeitando antes de qualquer coisa, os direitos consumeristas.

O valor da multa R$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), por sua vez, equivale a aproximadamente **0,27%** da média do faturamento estimado da autora (R$ 150.000.000,00 – fls. 468). Fácil perceber, portanto, que a alegação de falta de razoabilidade e proporcionalidade não se justifica.

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

437

5.5 - **DA REDUÇÃO DA MULTA – IMPOSSIBILIDADE**

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

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

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

6 - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração aos artigos 31 e 37, § 2°, ambos do Código de Defesa do Consumidor, a legalidade dos critérios utilizados pela Fundação PROCON para o arbitramento da multa que foi imposta à autora e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao seu porte econômico, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão.

Posto isso, requer:

1 – O acolhimento da preliminar de insuficiência do depósito, determinando sua complementação, ou, caso discorde a autora, a cassação da tutela deferida; e

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

438

2 – no mérito, a total improcedência da ação, condenando-se a autora nos consectários da sucumbência.

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

Requer, ainda, que as intimações dos atos processuais sejam feitas em nome das Procuradoras do Estado, **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON,** OAB/SP 106.081; **PAULA CRISTINA R. B. ENGLER PINTO,** OAB/SP 127.158; e **TATIANA DE FARIA BERNARDI ,** OAB/SP 166.623.

Protesta por todos os meios de provas em direito admitidas, especialmente documental.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, quarta-feira, 24 de outubro de 2012.

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081

Documento digitalizado juntado ao processo em 18/04/2017 às 08:05:47 pelo usuário: BRUNO VINICIUS SOARES DE ALMEIDA