

ntado
2/10/2015



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

228
M

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA DE FAZENDA
PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO.

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº. 0021696-50.2011.8.26.0053

REQUERENTE: MATTEL DO BRASIL LTDA

REQUERIDA: FUNDAÇÃO PROCON - SP.

953 FFPn.15.00265012-2 166615 146 004

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR -
PROCON/SP, já qualificada nos autos da ação proposta por MATTEL DO BRASIL LTDA,
vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., oferecer contrarrazões de apelação,
requerendo sua juntada aos autos.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 16 de junho de 2015.

TATIANA DE FARIA BERNARDI

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 166.623



229
m

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

APELANTE: MATTEL DO BRASIL LTDA

APELADA: FUNDAÇÃO PROCON - SP.

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Eméritos Julgadores!

I – Síntese:

A Apelante foi autuada por infração aos seguintes dispositivos do CDC:

a) **Art. 37, § 1º do CDC**, por inserir no mercado de consumo brinquedo REAL CASA COM BONECA, composto por uma casa e uma boneca *Barbie*, com embalagem que apresenta fotos de duas crianças manuseando duas bonecas no interior de casa ornada com diversos acessórios, tais como cama, cômoda, fogão, sofá, cadeiras, banheira, mesas, armários e artigos decorativos. **Contudo, ao abrir a embalagem, constatou-se que estes acessórios não integram o produto**, como se infere da reclamação feita pela consumidora DANIELA CAZZOTO DOS SANTOS (FA nº 0808-242.027-4 - fls. 06/64 do PA), que asseverou que **o único acessório que acompanhou a casa foi a boneca, em total dissonância com a ilustração da caixa e com o site da empresa na internet;**



230
JW

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

b) **Art. 37, § 1º do CDC**, por inserir no mercado de consumo o brinquedo denominado "BONECA LITTLE MOMMY REAL BABY" **que traz na embalagem a seguinte mensagem: "Eu falo mais de 80 Frases"**. Porém, tal informação mostrou-se parcialmente falsa, pois **a boneca não fala mais que 36 frases**, como se infere da reclamação da consumidora ALESSANDRA DE FÁTIMA BOARO OLIVEIRA (FA nº 0809-218.765-9 - fls. 65/79 do PA);

c) **Art. 37, § 2º do CDC**, por veicular publicidade televisiva dirigida ao público infantil do brinquedo MAX STEEL TURBO MISSIONS, **apresentando três brinquedos interagindo, desempenhando ações autonomamente, ou seja, andando, lutando e pulando**, de modo a se prevalecer da deficiência de julgamento da criança, incapaz de discernir que os bonecos nunca farão sozinho os movimento apresentados na publicidade, provocando visão distorcida da realidade, nos termos do que foi noticiados pelo INSTITUTO ALANA (fls. 80/457 do PA).

Com o objetivo de esquivar-se da pena de multa que lhe foi aplicada ao término do processo administrativo sancionatório, ajuizou a ação anulatória em epígrafe, julgada improcedente.

Para assim decidir, o MM. Magistrado recorrido considerou que as infrações restaram comprovadas nos autos administrativos, e que o processo tramitou de forma regular, assegurando à parte o direito de defesa e recurso, e que a multa foi calculada de forma regular.

Ainda inconformada, interpôs recurso de apelação, repisando suas teses iniciais, assim resumidas:



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

231

jr6

- a) Quanto ao brinquedo REAL CASA COM BONECA, inexistiria publicidade enganosa, pois todos os acessórios indicados na caixa do produto acompanham o brinquedo, a exceção da segunda boneca e daqueles sinalizados com uma seta no verso da embalagem;
- b) Quanto ao brinquedo "BONECA LITTLE MOMMY REAL BABY", igualmente inexistiria publicidade enganosa, pois a Fundação PROCON-SP teria considerado conceito equivocado de "frase". Segundo a autora, qualquer som emitido por um bebê (v.g. soluço, barulho de lábios, murmúrios, bocejos etc.) subsume-se ao conceito acadêmico de "frase", haja vista sua limitação de vocabulário. Além disso, não há estudo técnico que comprove que a boneca não pronuncia mais de 80 frases, além da lista de frases apresentadas por ela não ter sido quantitativamente impugnada pela Fundação PROCON-SP;
- c) Quanto à publicidade televisiva do brinquedo MAX STEEL TURBO MISSIONS, incorre abusividade. A exploração do lúdico e do imaginário infantil, por não ser nociva, não pode ser considerada abusiva, fato que, diante da inexistência de procedimento disciplinar instaurado pelo CONAR, referenda a inocorrência de infração ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90;
- d) Quanto à multa, afirma que seu arbitramento não obedeceu aos parâmetros do art. 57 da Lei 8.078/90, em especial no que tange sua condição econômica, já que o balanço patrimonial e demonstrativo de resultado de exercício do ano de 2009 teria sido indevidamente rejeitado pela Fundação PROCON-SP (fls. 508/509 do PA).

A r. Sentença não merece reforma.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01.152-000, SÃO PAULO-SP

232

ms

II – Quanto ao mérito: condutas infratoras.

Antes da análise das condutas é importante sublinhar que a Apelada juntou aos autos gravação em **CD** com a publicidade do brinquedo MAX STEEL TURBO MISSIONS (publicidade abusiva), já que a recorrente não cuidou de apresentá-lo.

Outrossim, acaso essa Colenda Câmara entenda necessário, a Apelada se coloca à disposição para apresentar em juízo as **embalagens apreendidas dos brinquedos REAL CASA COM BONECA (caixas) e BONECA LITTLE MOMMY REAL BABY (boneca e caixa), objeto de autuação por publicidade enganosa, com o escopo de contribuir para a efetiva demonstração de todas as infrações imputadas à autora e que serão abaixo analisadas.**

2.1. Art. 37, § 1º da Lei 8.078/90. Publicidade enganosa.

a Brinquedo REAL CASA COM BONECA:

Chegou ao conhecimento da Fundação PROCON-SP reclamação formulada pela consumidora DANIELA CAZZOTO DOS SANTOS (FA nº 0808-242.027-4 - fls. 06/64 do PA), que relata que a apelante colocou à venda no mercado de consumo o brinquedo denominado REAL CASA COM BONECA, composto por uma casa uma boneca *Barbie*, com embalagem apresentado na parte frontal fotos ilustrativas de duas crianças manuseando duas bonecas no interior de uma casa com diversos acessórios, tais como, cama, cômoda, fogão, sofá, cadeiras, banheira, mesas, armários e artigos decorativos.



233
ms

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

Contudo, ao abrir a embalagem, constatou-se que estes acessórios não integravam o produto, o que a fez se sentir enganada.

E, de fato, da análise da embalagem do produto, constata-se que **sua apresentação mostra-se capaz a induzir o consumidor a acreditar, falsamente, que todos os acessórios ali ilustrados fazem parte do produto.**

Analisada sua parte frontal (fl. 37 do processo administrativo), há uma fotografia com duas crianças segurando uma boneca cada, a lateral de uma **casa** (composta por detalhes/desenhos de janelas, porta, quadro e cômoda), **cozinha** (fogão, geladeira, etc), **sala de jantar** (mesa, cadeiras, xícaras, vaso, etc.) e **sofá/cama** (com acessórios). Consta, também, a informação ostensiva de que o brinquedo contém 50 peças e de forma diminuta a seguinte informação "*Esta boneca não está incluída*":

Ao virar a embalagem se visualiza uma foto constando a lateral de uma **casa** (composta por desenhos de janelas, porta, quadro e cômoda), **banheiro** (com acessórios), **estante** (composto por detalhes/desenhos de uma televisão, estante, vasos, etc.) e **sofá/cama** (com acessórios). Consta a informação diminuta : "*O conjunto inclui tudo isto*".

Tais informações já são plenamente capazes de induzir o consumidor a erro, na medida que gera dúvidas do que efetivamente compõe o brinquedo. Indaga-se: a cozinha (fogão, geladeira, etc.), sala de jantar (mesa, cadeiras, xícaras, vaso, etc.) **constantes da foto da parte frontal da embalagem estão inclusos?** Não é possível deduzir, na medida que as informações de cada lado da embalagem são distintas.

Aliás, quais são as 50 peças que compõem o brinquedo? A embalagem não informa.



234
m

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

Não bastasse esta a ausência de informação, tanto na frente da embalagem, quanto em seu verso (e neste caso a foto corresponde a mais de 50% do todo), constam diversas fotos de peças que compõem uma casa, e abaixo a seguinte informação: **"Alguns acessórios e bonecas vendidos separadamente, sujeitos à disponibilidade"**.

Novamente surge outra dúvida plenamente capaz de induzir o consumidor à erro: quais são os acessórios vendidos separadamente e sujeitos à disponibilidade, na medida que a embalagem diz a expressão "alguns acessórios"?

Tanto a pequena porta contida na frente da embalagem (que se abre e exhibe diversas peças), quanto a forma como foram dispostas as fotos no verso (aliás em grande destaque) e principalmente a incongruência nas informações, são plenamente capazes de induzir o consumidor a crer que todas as peças lá evidenciadas fazem parte integrante do produto.

Ora, não pode o fornecedor utilizar da embalagem do produto para divulgar outros produtos, na medida que da forma como estão dispostas cria a impressão que a embalagem está apenas descrevendo o conteúdo interno que compõe o brinquedo.

As informações contidas na embalagem devem se limitar ao seu conteúdo, e caso assim não seja, os produtos que dela **não** fazem parte devem ser facilmente identificáveis e compreendidas de imediato pelo consumidor, o que, conforme visto, não ocorreu no caso em tela, de modo a caracterizar publicidade enganosa por ser apta a induzir o consumidor ao erro, a exemplo do que sucedeu com a consumidora que formulou reclamação junto à Fundação PROCON-SP.



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

235

M

b Boneca LITTLE MOMMY REAL BABY:

A publicidade enganosa também é evidente com relação a boneca LITTLE MOMMY REAL BABY.

Conforme se infere da reclamação feita pela consumidora ALESSANDRA DE FÁTIMA BOARO OLIVEIRA (FA nº 0809-218.765-9 – fls. 65/79 do PA), a BONECA LITTLE MOMMY REAL BABY, apesar de trazer na sua embalagem informação ostensiva de que a boneca pronunciará *mais de 80 frases*, na verdade não falaria mais que 36 frases.

Em defesa, **a apelante afirma que a Fundação PROCON-SP desconsiderou o conceito acadêmico de frase**, de modo que todos os sons emitidos pela boneca deveriam ser computados para se atingir a cifra prometida na embalagem do produto. Assim, considerando a limitação de vocabulário de um bebê, não seria razoável exigir que a boneca pronunciasse 80 frases elaboradas, sendo certo que sons como bocejo, beijo e outros sons que tais, por serem dotados de sentido, deveriam ter sido computados.

Ora, a afirmação não procede. **A embalagem transmite a ideia de que a boneca pronuncia "mais de 80 frases", ou seja, palavras faladas, o que não se confunde com expressões ou entonações por ela emitidas.**

E tal ideia é frustrada pelo fato de que grande parte dos sons arrolados nas fls. 495/495 do processo administrativo não passam de simples onomatopeia, ou seja, uma figura de linguagem que imita um som com um fonema ou palavra.



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

236
m

Assim, **muitas dos sons reproduzidos pela boneca são apenas efeitos sonoros**, como por exemplo *atchim, barulho de suspiro, barulho de soluço, barulho dos lábios, murmúrio, risadinha, beijo, sucção, bocejo, etc*, **não podendo ser confundidos com uma frase, composta necessariamente por uma ou mais palavras**. Aliás, a definição constante no dicionário Houaiss usada pela autora é clara em inserir, no conceito de "frase", o uso de palavras, e o emprego de entonação diz respeito à forma como são pronunciadas. Vale dizer: **entonação não é sinônimo de som**, mas modo de pronúncia de vocábulos.

Ora, quando o consumidor se depara com a embalagem de um produto com a informação ostensiva de que o mesmo é capaz de reproduzir **mais de 80 frases**, porém ao utilizar constata que na realidade o brinquedo reproduz nem a metade disto, tem-se clara publicidade enganosa.

Vale aqui registrar interessante artigo publicado no Portal do Professor, do Ministério da Educação, que destaca – e recrimina – situação análoga à presente:

"Propaganda enganosa

Às vezes embalagens de brinquedos prometem um mundo de sonhos impossíveis. Veja aqui a história de um menino de 8 anos que ganhou um aviãozinho que não voa.

Mentira

Os pais de Rafael lhe deram um aviãozinho. "Um avião que voa de verdade!", dizia a embalagem bonita e cheia de desenhos coloridos, mostrando o brinquedo mergulhado em um céu estrelado. Rafael, empolgado, abriu a caixa de sua nova máquina voadora. Colocou as pilhas no brinquedo e esperou pelo seu primeiro vôo. Surpresa: nada de o aviãozinho voar! Ele apenas andava devagarzinho no chão, fazendo um barulho estranho. Decepcionado e triste, Rafael desistiu de brincar com o avião. Seus pais não sabiam mais o que fazer.



237
M

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

Direitos

Rafael resolveu escrever uma cartinha ao fabricante contando sua decepção com o brinquedo. Ele exigiu que a empresa cumprisse sua promessa: o avião tem de voar! Era o que estava escrito na embalagem. Uma semana depois, a empresa respondeu se desculpando e prometeu retirar a promessa de vôo da embalagem. Explicou também que ainda não havia tecnologia para seus aviõezinhos voarem. Isso não resolveu o problema de Rafael, mas pelo menos, daqui para a frente, muitas crianças deixarão de ser enganadas com promessas mentirosas.

Fora da lei

A propaganda enganosa é proibida por lei. O consumidor, se não estiver satisfeito com o produto, tem o direito de exigir que o fabricante cumpra o prometido. Também pode pedir o dinheiro pago de volta ou trocar o produto por outro de mesmo valor.¹

Não bastasse isso, a própria embalagem da boneca também é capaz de induzir à erro o consumidor, na medida que dispõe na sua parte frontal fotos da boneca no estilo "história em quadrinhos" com "balões" contendo frases, que induzem o consumidor a acreditar que são falas da boneca. **Porém, o brinquedo não reproduz as frases destacadas nos balões**, tudo a caracterizar publicidade enganosa.

E, ao contrário do que sustenta a autora, a Fundação PROCON demonstrou a efetiva ocorrência da infração. Nesse sentido o relato da consumidora ALESSANDRA DE FÁTIMA BOARO OLIVEIRA (FA nº 0809-218.765-9 - fls. 65/79 do PA) e reconhecimento pela própria autora, que apenas tenta emplacar - sem sucesso - a tese de que meros sons de choro, suspiros, soluços etc., relacionados na lista de fls.. 494/495 do PA, deveriam ser "contabilizados" como frases, o que revela clara intenção de enganar o consumidor.

¹ Disponível em: <http://portaldoprofessor.mec.gov.br/fichaTecnicaAula.html?aula=23890>, acessado em 19.10.2010.



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

238

Some-se isso ao fato do atos dos agentes fiscais, representantes da Administração Pública são revestidos de fé-pública e, por conseguinte, presumidamente verdadeiros e legítimos, podendo apenas serem afastados mediante prova em contrário, o que a autora não fez. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Essa presunção decorre do *princípio da legalidade da Administração* (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental(...). Além disso, a *presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos* responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência de seus atos, para só após dar-lhes execução. Já a *presunção de veracidade*, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, **os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário. Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca.** Cuida-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado **ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.**² (grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que em ambos os brinquedos (REAL CASA COM BONECA e boneca LITTLE MOMMY REAL BABY), a informação sobre as características dos produtos mostrou-se contrária a legislação consumerista, na medida em que violou o princípio da transparência das relações de consumo (art. 4º) e o direito básico do consumidor à informação adequada e clara do produto com a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, preço e riscos que apresentem (art. 6º, III), com violação ao art. 37, §1º da Lei 8.078/90:

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

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 158.



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

239

[Handwritten signature]

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

A publicidade prepara e condiciona o terreno psicológico dentro do qual será desenvolvida a relação jurídica de consumo, daí o seu caráter dito persuasivo; é neste meandro que a lei pretende coibir a modalidade de informação, ou comunicação, de caráter publicitário, capaz de induzir em erro o consumidor. **O ponto a se resguardar é a capacidade da publicidade conduzir o consumidor a pensar uma coisa diversa da realidade.**

Nestes termos, desnecessário dizer que a capacidade de uma publicidade atrair a atenção do público consumidor será tanto maior quanto forem as vantagens oferecidas. **É imprescindível que a publicidade não configure apenas como um meio de atrair o consumidor à contratação de serviços, mas que seja antes de tudo, um veículo de informação que transmita com clareza aquilo que o anunciante realmente quis dizer.**

Assevera Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Código do Consumidor Comentado; 5º Ed.; Forense Universitária; p. 270/71/72).

"O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado (...).

Fica, de qualquer modo, como fundamento de sua proibição, o reconhecimento de que o consumidor tem um direito - de ordem pública - a não ser enganado, direito este agora adotado pelo direito brasileiro(...).

Não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial ('capacidade de indução em erro'); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente." (grifos nossos)

E continua:

"Uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um



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

240

nr

determinado grupo de fornecedores e, nem por isso deixar de ser enganosa (...).

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

O grande problema da publicidade enganosa é que ela provoca "uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, não o faria"³.

Consequentemente, a vedação da publicidade enganosa está lastreada no direito que o consumidor tem de não ser enganado, ou seja, no devido cumprimento do princípio da informação. **Basta a mera capacidade de induzir o consumidor a erro em virtude da mensagem anunciada com ofensa ao princípio da informação para que ela seja configurada e, de conseguinte, seja repudiada pelo ordenamento pátrio.**

Assim, as informações essenciais e corretas sobre os brinquedos deveriam ter sido transmitidas na embalagem de forma clara, até porque cediço é que no Brasil o nível cultural e de alfabetização da população é baixo, sendo nada mais óbvio além do dever de cumprimento legal - que as informações principais acerca do produto/serviço e da publicidade devam estar presentes na embalagem.

Mas, uma vez constatada a ausência destas informações, com potencial de indução do consumidor ao erro, resta caracterizada a infração ao art. 37, §1º da Lei 8.078/90.

³ Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do ante-projeto. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 288.



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

241
JRV

2.2. Infração ao art. 37, § 2º do CDC.
Publicidade abusiva. Brinquedo MAX STEEL TURBO MISSIONS.

Afirma a Apelante que inexistente no ordenamento jurídico proibição à publicidade que envolva crianças.

Entretanto, ao assim afirmar, desconsidera que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade **abusiva** que envolva crianças.

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

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."



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

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

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
(...)"

§ 2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança."

A norma do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a atuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil, cabendo ao aplicador da norma (PROCON na esfera administrativa e o magistrado na judicial) subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida. E tratando-se de conceito jurídico indeterminado, prescindindo-se da edição de norma específica como sustenta a autora, pois seu objetivo é justamente permitir que um comando normativo possa ser aplicado às novas situações da vida que vierem a surgir após sua edição, enquanto reflexo do caráter dinâmico do Direito. É o que ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:⁶

"Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, **não se poderá dizer que violou a lei** (grifo nosso), que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava."

(...)"

"É preciso que, ao praticar ou ao não praticar um ato, ou ao praticar este ou aquele, tais opções (...) sejam as opções logicamente idôneas para chegar à finalidade."

⁶ Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo. Malheiros Editores. 2010 2ª Edição



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

243

No mesmo sentido MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁷:

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

Desde a edição do CDC em 1990, houve uma revolução na Internet e na televisão por assinatura, com o advento de canais exclusivos ao público infantil, além 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 Momberger⁸:

"Como as crianças não são auto-suficientes, não podem ser comparadas e tratadas da mesma forma que os outros"

⁷ Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo. Editora Atlas. 2001

⁸ A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.



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

244

M

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 lesivas do modo como boa parte da publicidade direcionada ao público infantil desrespeita o desenvolvimento da criança. A opinião de publicitários acerca da questão, obviamente, visa defender os interesses da classe, ou seja, limitar a própria atividade significaria diminuir seus lucros. Principalmente no caso da publicidade ao público infantil, forte mercado desses profissionais.

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 anos⁹⁰

E a ação de todos os países decorre de pesquisas que demonstram o impacto da publicidade no público infantil. Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network* (fls. 147/205 do processo administrativo), dentre várias outras constatações, demonstrou que o que as crianças mais admiram é um personagem de desenho animado. De outro lado, 56% das crianças responderam que o mais fácil de pedir e conseguir é justamente o produto alimentício .

⁹⁰ Reportagem da Folha on line Vitrine de 15/03/08: [HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm)



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

245
m

A pesquisa realizada pelo canal de televisão *Nickelodeon* (*Nickelodeon Business Solution Research* - fls. 206/279 do PA) apresenta as conclusões na forma de "10 segredos para falar com as crianças - Que você esqueceu porque cresceu". Na fl. 241 do processo administrativo conclui que a partir dos 2 anos a criança já desenvolve forte sensibilidade ao produto e a partir dos 4 anos também à marca. Que são "peça chave na hora da compra" possuindo grande influência na compra de produtos como alimentos, brinquedos e *fast food*, elegendo inclusive a marca (fl. 242 do PA). Que adoram brincar (fl. 250 do PA) e que "um bom personagem comunica mais que mil palavras" (fls. 270/271 do PA). Por fim, que para "prender a atenção delas" as campanhas devem ser lúdicas e divertidas, exatamente como a da autora (fls. 252 e ss. do PA).

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

"Estudos de Borzekowski e Robinson (2001) comprovaram a eficácia da publicidade. Quarenta e seis crianças, entre dois e seis anos, participaram do experimento, visando analisar a influência das propagandas comerciais de televisão sobre preferências alimentares.

Um desenho animado foi apresentado às crianças, sendo que metade delas assistiu à fita que continha propagandas comerciais de diversos produtos, alimentícios ou não, intercaladas ao programa. Posteriormente, as crianças deviam escolher um produto dentro de cada par de produtos semelhantes a elas apresentados, sendo que um produto de cada par havia sido anunciado nas propagandas comerciais. O estudo concluiu que as crianças que assistiram às propagandas escolheram com maior frequência os produtos anunciados. Os resultados com diferenças mais significativas foram obtidos em produtos alimentícios anunciados duas vezes, sendo que as menores diferenças ocorreram no caso de produtos não alimentícios." (*in marketing aplicado à indústria de alimentos,*)

Vê-se, portanto, que a preocupação quanto ao conteúdo da publicidade dirigida ao público infantil constitui preocupação global e referendada por profissionais das mais diversas áreas, não se tratando de ato irrazoável ou arbitrário da Fundação PROCON-SP como insinua a autora. A esse respeito, afirma ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN¹⁰:

¹⁰ 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

246

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

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

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

A apelante veiculou publicidade televisiva infantil do brinquedo MAX STEEL TURBO MISSIONS, apresentando três brinquedos interagindo, desempenhando ações autonomamente, ou seja, andando, lutando e pulando sem qualquer intervenção humana.

O ambiente é lúdico e os personagens, com destaque ao MAX STEEL, têm grande penetração no público infantil. Os três personagens interagem de modo autônomo como se fossem dotados de energia própria, realidade que, apesar de fantasiosa para os adultos, pode parecer real aos olhos de uma criança e constituir fator determinante no processo de convencimento dos pais para sua aquisição.

O comercial utiliza situações fantásticas, apresentando lutas autônomas entre os bonecos, ações que na realidade estes não desempenham. Nota-se que, da forma como é produzido, o comercial se confunde com o próprio desenho animado protagonizado pelos personagens MAX STEEL, o que demonstra clara tentativa de exploração da deficiência de julgamento da criança sobre o que é real e fantasioso.



Importante ressaltar que a frase dita ao final, também reproduzida em letras minúsculas, anunciando que os movimentos são realizados por computador, em nada esclarece as crianças, posto que acabam por passar despercebidas pelo pequeno tamanho, desproporcionalidade com o destaque dado à mensagem publicitária propriamente dita e pelo pouco tempo de exposição, sem falar que muitas delas não sabem ou ainda estão aprendendo a ler.

E dizer que cabe aos pais o papel de controlar o acesso dos seus filhos ao conteúdo da publicidade, sendo eles os titulares do poder econômico e do poder decisório de compra, não colhe. As pesquisas enunciadas nesta contestação demonstram claramente o grande poder de persuasão que as crianças têm sobre seus pais diante das mensagens publicitárias que lhes são dirigidas.

Posto isto, resta plenamente caracterizada a infração ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, por ter sido o ato administrativo praticado com estrita observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, inquestionável a sua validade e eficácia para produzir efeitos no mundo jurídico.

3. Fundamento jurídico da penalidade e legalidade da Portaria PROCON 26/06.

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

No Estado de São Paulo, por força do art. 3º, XI, da Lei Estadual 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



NY

Referido 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 por ele não obedecidos.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, tais penalidades e seus limites qualitativos devem ser fixados por Lei. Esta tarefa é cumprida pelo Código de Defesa do Consumidor ao descrever, no artigo 56, as penalidades aplicáveis. E no art. 57, cuida de estabelecer os critérios de fixação da pena de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor) bem como seu valor mínimo e máximo: de 200 a 3.000.000 de UFIR's.

Estes são, portanto, os parâmetros legais a serem observados pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo.

E, nesse passo, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, pois o estabelecimento de limites mínimo e máximo para a quantificação da multa administrativa visou atribuir à Administração Pública discricionariedade para arbitrá-la de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto a ela submetidos, com base na análise individualizada da gravidade da infração, vantagem auferida e porte econômico do ofensor.

Justamente com o escopo de dar concreção aos conceitos abertos contidos no art. 57 da Lei 8.078/90 e, sobretudo, dar transparência ao procedimento de apuração da conduta infrativa e quantificação da multa, a Fundação PROCON editou a Portaria n.º 26/06, que entrou em vigência no decorrer do processo administrativo movido em face da autora, 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 8.078/90, não criou direitos nem obrigações. Cuidou de estabelecer critérios claros para a



249
NY

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

correta individualização da pena imposta ao fornecedor que descumpra a legislação consumerista, havendo ali expressa menção acerca das formas de apuração da vantagem econômica, gravidade da infração e porte econômico do infrator.

Não há, portanto, violação ao princípio da legalidade e tampouco inconstitucionalidade. Tal argumento decorre da confusão que costumeiramente se faz entre os conceitos de norma jurídica e lei. Esta constitui uma das fontes das normas jurídicas que, embora seja a principal, não é a única.

Zelmo Denari¹¹, 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.

Esse é o caso da Portaria 26/06 que embasa a penalidade aplicada à autora. Trata-se de instrumento normativo que, dentro dos limites qualitativos e quantitativos impostos pelos arts. 56, I e 57 da Lei 8.078/90, conferiu transparência ao processo de fixação da multa **sem oportunizar qualquer inovação**. Ela se limitou a estabelecer e publicizar, 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 embora a Autora sustente a ilegalidade dos critérios da Portaria, **o Tribunal de Justiça, por meio do Órgão Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, decidiu, por unanimidade, que as portarias editadas pela requerida são válidas e legais** e o art. 57 do CDC é constitucional, corroborando mais de uma centena de acórdão sobre o

¹¹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 559.



JN

tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita:

CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela 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.

4. Da multa aplicada.

No caso em tela, à apelante foi imposta multa administrativa no importe de R\$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos), que contou com diminuição de 1/3 por primariedade (fl. 529 do processo administrativo) Tal 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 demonstrativo de fl. 459 do processo administrativo.

Ou seja: não só o porte econômico da apelante, mas a gravidade da infração que cometeu foi considerada pela Fundação PROCON no ato de fixação do valor da penalidade.

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



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

251

M

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.

O art. 17 da Portaria 26/06 dispõe sobre os critérios de apuração da condição econômica do ofensor. A receita mensal bruta do fornecedor referente, de preferência, aos três meses contemporâneos à infração, constitui a base de cálculo do valor da multa, critério que já é utilizado por outras normas para distinção do porte econômico de empresa (Lei n.º 9.317, de 05.12.1996, e no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei n.º 9.841, de 05.10.1999).

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

É por isso que seu valor deve ser proporcional ao porte econômico da empresa, enquanto forma de tratar desigualmente os desiguais, corolário do princípio da igualdade material prescrito no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Foi assim que, com base no art. 17 da Portaria PROCON 26/06, a ré calculou o valor da multa com base no seu faturamento estimado e não impugnado pela autora, já que deixou passar *in albis* todas as oportunidades para informar seu faturamento através de um dos documentos relacionados no art. 17, §1º da Portaria 26/06¹².

Nesse passo, a recusa do documento de fls. 508/509 do processo

¹² Art. 32. A condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão.

§ 1º A média da receita mensal bruta estimada pela Fundação PROCON-SP poderá ser impugnada até o trânsito em julgado no processo administrativo, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos:

- I - Guia de informação e apuração de ICMS - GIA, com certificação da Receita Estadual;
- II - Declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;
- III - Demonstrativo de resultado do exercício - DRE, publicado;
- IV - Declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal;
- V - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro Empresas e das Empresas de Pequeno Porte - DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado.



252
MY

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

administrativo deu-se para falta de comprovação da **publicação** do demonstrativo de resultado através da imprensa. Trata-se de exigência constante no art. 17, §1º:

Art. 17. A condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão.

§ 1º A média da receita mensal bruta estimada pela Fundação PROCON-SP poderá ser impugnada até o trânsito em julgado no processo administrativo, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos:

(...)
III - Demonstrativo de resultado do exercício - DRE, publicado;

A apelante poderia perfeitamente apresentar o referido DRE publicado, mas preferiu não fazê-lo. E a inércia é sintomática: se preferiu deixar de comprovar seu faturamento real através de documento hábil (DRE publicado), pode-se concluir que ele **supera** o valor arbitrado pela ré. Se assim não fosse, a comprovação documental dos seus ganhos teria sido efetivada, não bastando mero questionamento desprovido de lastro documental idôneo para obter revisão do valor da multa.

Desta forma, não se pode acusar a ré de arbitrariedade, já que a multa aplicada é proporcional ao porte econômico da autora e à gravidade das muitas infrações por ela cometidas.

Diminuir ainda mais seu valor suprimirá seu necessário caráter punitivo, cujo valor deve ser suficiente para inibir o fornecedor a tornar a desrespeitar as normas de ordem pública prescritas pela Lei 8.078/90 e persuadi-lo a investir em novas técnicas destinadas à sua perfeita sintonia com o sistema legal de proteção ao consumidor.

A gravidade das infrações é evidente. Veicular publicidade com conteúdo potencialmente enganoso e que explora a deficiência de julgamento do público infantil constitui prática comercial condenável e que merece repreensão. 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.



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

253

MV

A gradação da gravidade, por sua vez, seguiu os critérios prescritos na Portaria 26/06. Com base na análise do caso concreto e na lesividade da conduta, a Fundação PROCON, no exercício do seu poder discricionário, enquadrou as infrações no grupo III, numa graduação que vai de I a IV de acordo com a lesividade da conduta, o que bem demonstra criteriosidade no ato administrativo de arbitramento da multa.

Quanto à vantagem auferida, é certo que nenhum acréscimo à penalidade houve com base nesse motivo (vide expressão "vantagem não apurada" no demonstrativo de arbitramento da multa - fl. 459 do processo administrativo). A autora, portanto, foi beneficiada.

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada à autora é justa e decorre de flagrante afronta aos comandos do art. 37, §§1º e 2º 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 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 multa imposta não fere o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso porque seu *quantum*, compatível com o porte econômico real da autora, tem por finalidade gerar ressentimento financeiro em grau suficiente para 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. Tais princípios também devem ser encarados sob esta perspectiva, já que uma sanção em valor irrisório só contribuiria para a desmoralização da atividade fiscalizatória empreendida pela Fundação PROCON.

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. 2º da Constituição Federal, que estabelece o princípio da separação dos poderes, em razão de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo que levou à aplicação da penalidade à autora e sua quantificação.



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

257

Handwritten initials

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

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração ao art. 10, §§1º e 2º da Lei 8.078/90, a constitucionalidade/legalidade dos critérios utilizados pela Fundação PROCON para o arbitramento da multa que foi imposta e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao seu porte econômico, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão, tampouco a reforma da r. Sentença.

Assim, requer e aguarda a FUNDAÇÃO PROCON seja NEGADO PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. Sentença de improcedência, por ser de Justiça!

São Paulo, 16 de junho de 2015.

Handwritten signature of Tatiana de Faria Bernardi

TATIANA DE FARIA BERNARDI

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 166.623