609

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - SP

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº. 0014636-55.2013.8.26.0053
REQUERENTE: GRENDENE S/A
REQUERIDO: PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

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 que lhe move **GRENDENE S.A.,** vem apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, pelas razões a seguir expostas:

1 - DOS FATOS

Nos termos do Auto de Infração nº 6384, série D7, de 19/10/2010, dos Autos do Processo Administrativo nº 2461/10 (fls. 63), constatou a ré ter a autora cometido as seguintes infrações ao Código de Defesa do Consumidor:

(I) artigo 37, §2º, por veicular, em 16/09/2009, em emissora de televisão, a campanha publicitária "Hello Kitty Fashion Time", na qual meninas contracenam entre si. Conforme as referidas meninas vão desfilando, as amigas mostram cartazes de incentivo com os dizeres: "Poderosa!", "Show", "Pode!". Ao final, as meninas passam por alguns meninos que também ostentam cartazes no mesmo teor. Ao fundo, uma voz infantil anuncia: "Sandália Hello Kitty com relógio que troca de pulseira. A hora certa de você arrasar". Assim, a referida campanha incentiva a criança a se identificar com os modelos apresentados e copiar a atitude exibida, provocando a erotização precoce, antecipando fases da vida adulta e estimula o consumismo. Portanto, ao veicular a referida campanha, a empresa incide em publicidade abusiva, na medida em que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança;

(II) artigo 37, §2º, por veicular, em setembro de 2009, em emissora de televisão, a campanha publicitária "Guga K. Power Games", no qual o tenista Gustavo Kuerten, após apresentação do produto "Papetenis" convida as crianças a acessar o site *www.papetenisdoguga.com.br* e a jogar. Para isso, devem cadastrar-se no referido site e escolher um dos modelos do "Papetênis". Assim, a empresa realiza publicidade clandestina, na medida em que as crianças não percebem tratar-se de apelo comercial e acreditam estar apenas brincando no site, o que conduz a um contínuo processo de fidelização de marca. Com tal conduta, ela utiliza-se da credibilidade infantil e se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe R$ 3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais – fls. 477), já considerada a redução de 1/3 (um terço) em virtude da aplicação da circunstância atenuante da primariedade e aumento de 1/3 em razão da aplicação de circunstância agravante por ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de 18 anos, acarretando na manutenção da pena base, consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do CDC (fls. 477).

Discordando da sanção imposta, a autora propôs ação anulatória do ato administrativo argumentando, resumidamente, que:

a) houve violação ao princípio da busca pela verdade material, decorrente de uma análise subjetiva, por parte da ré, sobre a realidade dos fatos do presente caso;

b) prescinde de motivação e fundamentação a decisão confirmatória do auto de infração;

c) o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, nas representações 253/09 e 260/09, entendeu que as publicidades ora discutidas não feriam qualquer valor social, mostrando-se condizentes com o universo infantil;

d) inexiste vedação legal à publicidade voltada ao público infantil, corroborada pela decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatória de procedência das ações públicas propostas pelo MP sobre a matéria;

e) a condenação traria vantagem comercial desleal aos concorrentes da Grendene no mercado de calçados infantis, pois as técnicas publicitárias pela ré repelidas são usualmente utilizadas por aquelas e por outras empresas de âmbito nacional e mundial;

f) a campanha publicitária "Guga K. Power Games" de forma alguma realizava publicidade clandestina, visto que no endereço eletrônico www.papetenisdoguga.com.br - já fora do ar - não existia indicação de valores, possibilidade de venda dos produtos e nem endereços onde eles poderiam ser adquiridos. Ademais, aduz que o público autorizado a participar da promoção era o público adulto (maior de 18 anos), como constava no regulamento;

g) o anúncio "Hello Kitty Fashion Time" não se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, estando, desta forma, em consonância com os ditames do CDC, notadamente com seu art. 37, §2. Ainda, nega veemente as alegações da Fundação PROCON-SP de que a campanha publicitária provoca a erotização precoce dos infantes, antecipando fases da vida adulta e estimulando o consumo, visto que ela apenas utiliza de linguagem e brincadeira cotidiana da criança brasileira atual, com intuito saudável e lúdico;

h) a multa imposta pela Ré viola o princípio da proporcionalidade, tendo sido calculada tão somente com base no porte econômico da empresa, mediante uma presunção de faturamento equivocada e falsa. Ainda, alega que o alto valor arbitrado tangencia o indevido enriquecimento dos cofres públicos e o confisco;

Pleiteou, ainda, tutela antecipada para suspender a inscrição da multa na Dívida Ativa, sob o enredo do dano irreparável, diante da possível inscrição de seu nome na Dívida Ativa, com execução da cobrança da dívida e a lançamento no CADIN. Requer a procedência da ação, com a anulação do processo administrativo, ou, alternativamente a redução da multa.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo*, por entender ausentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

A ação não procede. Conforme se verá adiante e com base processo administrativo, as infrações restaram consumadas e legitimou a Fundação PROCON, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescritos no art. 56, 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 art. 55 do mesmo diploma legal.

2 - DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

A Fundação PROCON/SP tem por objetivo elaborar e executar a Política de Proteção e Defesa do Consumidor no Estado de São Paulo, nos termos do artigo 4º da Lei Federal nº 8.078/90 e do artigo 2º da Lei Estadual nº 9.192/95. Dentre as suas atribuições, está a de fiscalizar o cumprimento das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

Cabe ao agente fiscal, no exercício da função pública, lavrar o Auto de Infração **sempre** que constatar o descumprimento das leis de defesa do consumidor. Tal constatação pode ser feita de ofício, por meio de denúncia ou através de reclamação do consumidor.

Como bem ensina Hely Lopes Meirelles[1]:

> *"Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal (...). A natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe".*

A denúncia consiste na manifestação de qualquer pessoa no intuito de trazer ao conhecimento da autoridade competente a ocorrência de conduta infrativa às normas de defesa do consumidor.

Cabe ao agente analisá-la podendo acolhê-la integralmente, se entender que a conduta realmente caracteriza infração, ou arquivá-la se entender que não há evidências suficientes para configurar a infração. De um ou outro modo, é obrigatória a análise da denúncia pelo agente, bem como a fundamentação por uma ou outra decisão.

No caso concreto, o Instituto Alana apresentou denúncia à ré sobre as publicidades veiculadas pela autora (fls. 72/107 dos autos) amparada nos documentos de fls. 140/417.

[1] Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 88.

Ao analisar a denúncia, os documentos e também as publicidades televisivas (fls. 546/548) o agente fiscal constatou evidências da ocorrência da infração.

De forma que, o auto de infração não foi lavrado para atender objetivos do Instituto Alana e nem somente em razão da denúncia apresentada. Foi ele lavrado pela simples razão de que houve violação frontal aos comandos do CDC. E, se é verdade que a ré tomou ciência disto pela denúncia, também é verdade que poderia tê-lo feito de ofício.

Como forma de corroboração do aqui exposto, a representação do instituto Alana se insurge contra 6 (seis) campanhas publicitárias voltadas ao público infantil veiculadas pela autora: "Moranguinho Morangomix"; "Barbie coleção Norte e Nordeste e Sul e Sudeste"; "Ben 10 e Ben 10 Galaxy"; "Power Rangers Action"; "Guga K. Power Games"; e "Hello Kitty Fashion Time". Sendo que, após o fiscal analisá-las minuciosamente, constatou que apenas as duas últimas violavam as regras do CDC, notadamente o art. 37, § 2º.

Tudo isso demonstra a estrita legalidade a qual a Fundação ré opera sua função, dentro de uma análise dos fatos que se subsumam integralmente ao ditame normativo consumerista. Preservando, inclusive, a busca pela verdade material.

De outro lado, o processo administrativo se inicia somente com a lavratura da auto de infração, sendo as diligências anteriores (como a análise da denúncia), atos que não comportam defesa, na medida em que não admitem a aplicação de sanção.

E, lavrado o auto de infração, a empresa autuada teve todos os princípios constitucionais devidamente assegurados. Tanto que ela apresentou defesa e recurso administrativo, fato que expressa o total respeito da ré aos princípios da ampla defesa e do contraditório, que somente impôs o pagamento da multa após a devido análise das provas colacionadas aos autos pela autora, incapazes, *in casu*, de afastar a conduta infratora ora debatida.

Por fim, não procede a alegação de que a multa não poderia ser aplicada pela ausência de reclamação de consumidor. A alegação talvez derive da confusão que a autora faz entre a atuação da ré no processo mediado e no processo sancionatório.

No primeiro, o que se busca é a conciliação do conflito, é a resolução, através de mediação, do problema individual do consumidor.

No segundo caso, o que se busca é, uma vez constatada a ocorrência de indícios da infração, a penalização do fornecedor que descumpre os ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de processo mediado o objetivo é a conciliação entre as partes, que não sendo alcançada, leva o arquivamento do processo e o encaminhamento do consumidor ao Poder Judiciário.

Todavia, se nestas reclamações se constate indícios de que ocorreu violação às normas consumeristas, será lavrado o auto de infração e iniciado o processo administrativo, que ao final, após a observância dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, será julgado subsistente ou insubsistente.

Portanto, o segundo procedimento, denominado sancionatório, tem por objetivo imputar sanção administrativa ao fornecedor que infringiu o CDC, conforme autorização legal.

Reitere-se que a autuação pode ter como fundamento a constatação da infração a partir da notícia da conduta, por intermédio da reclamação do consumidor, da diligência fiscalizatória, ou seja, de ofício pelo agente fiscal ou ainda em decorrência de denúncia feita ao órgão, como *in casu.*

Do exposto, verifica-se que não há vício no auto de infração e tampouco no processo administrativo

3 – DA MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Insurge-se a autora sob o argumento de que a decisão que culminou na confirmação do auto de infração carece de motivação e fundamentação, principalmente no que tange a falta de análise da documentação por ela apresentada com fins de impugnar o faturamento da empresa estimado pela ré, para cálculo do valor da multa.

Primeiramente, cabe salientar que a decisão adota, expressamente, como relatório e razões de decidir as Manifestações Técnicas acolhidas pela Assessoria Jurídica da Fundação, cujo parecer foi pela subsistência do auto de infração e pela aplicação da multa. Esse proceder está amparado no artigo 9º da Lei 10.177/98:

> "Art. 9º - A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestação neles proferido."

O auto de infração preencheu todos os requisitos do artigo 63, inciso II da mesma lei, o qual foi submetido ao controle de legalidade pela própria Fundação ré, exercido por seus agentes públicos, através de manifestações técnicas, que após análise dos argumentos lançados na defesa pela autora, consideraram estar comprovada a prática infrativa descrita no auto de infração, a qual foi confirmada pela Assessoria Jurídica, e depois de submetido à autoridade competente que os adotou como posicionamento seu, não havendo, portanto, que se falar em ausência de fundamentação.

Fato é que as questões argüidas pela autora em sede de defesa administrativa (fls. 422/427) foram devidamente apreciadas na Manifestação Técnica de fls. 457/474, e os argumentos apresentados em sede de recurso administrativo (fls. 490/501), foram analisados na Manifestação Técnica às fls. 518/527.

Equivoca-se ainda a autora na alegação de que os documentos por ela apresentados no curso do procedimento administrativo, com a finalidade de impugnar o faturamento estimado pela Ré, sequer foram analisados.

Como se percebe, a certidão de fl. 516 dos autos é clara:

> "Certifico que a documentação apresentada para fins de impugnação ao valor da receita mensal média estimada, não atende ao disposto no art. 32, §1 da Portaria Normativa Procon n.º 26/06 (com nova redação dada pela portaria 33/09).

Logo, não a que se falar em falta de motivação e fundamentação da decisão.

4 - DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

Afirma a autora que inexiste no ordenamento jurídico proibição à publicidade que envolva crianças.

É fato.

Entretanto, o que desconhece a autora é 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/88[2] e de forma específica nos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente[3].

No tocante a publicidade dirigida ao público infantil o art. 37, § 2º do CDC proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, considerando-a abusiva[4].

De acordo com a Lei nº 8.069/90[5], é considerada criança a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Por conta da peculiaridade de ser pessoa em formação, a criança é incapaz para

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

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

[4] "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."

[5] "Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos dessa Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade."

praticar os atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda[6]. Daí porque, em qualquer relação de consumo, a criança não pode ser considerada uma consumidora comum, pois é sempre hipossuficiente, isto é, mais vulnerável do que os demais e, portanto, precisa de maior proteção.

E a 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, ma maioria das vezes, ela nem identifica como tal.

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."

[6] "Art. 3º (do Código Civil). São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; (...)".
[7] A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.

O CDC foi editado em 1990, tendo proibido a publicidade abusiva dirigida ao público infantil. À época, sequer existia *internet* na forma hoje conhecida, a TV à cabo dava seus primeiros passos e ainda não disponibilizava canais exclusivos para crianças. O ambiente da mídia era infinitamente menor que nos dias atuais, as estratégias de marketing possuíam limitações de escopo e atuação.

Atualmente a diversidade de canais de comunicação multiplicou as possibilidades de se apresentar os produtos à população. E, controlar esse universo de possibilidades de diferentes mídias é um desafio constante, o que justifica inclusive a discussão de novas prescrições legais que possibilitem ao Poder Público exercer a fiscalização

A utilização de comandos imperativos dirigidos às crianças é condenada pelo próprio CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), de acordo com o artigo 37 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária:

> "Artigo 37 - Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, **nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança**. E mais:
> I - Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:
> (...)
> f. **empregar** crianças e adolescentes como modelos para vocalizar **apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo**, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;" (grifamos)

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

Note-se que, tanto o setor empresarial como o poder público têm se mobilizado para garantir maior proteção das crianças contra as publicidades abusivas.

As empresas de bebida Coca-Cola e Pepsi, por exemplo, comprometeram-se a eliminar, até o final de 2008, o *marketing* de refrigerantes voltado para crianças. Outras empresas do mesmo setor também deverão endossar o novo código de *marketing* a ser divulgado pela associação setorial *International Council of Beverage Associations* (ICBA)[8].

Há também o PL 5921/01 que acrescenta ao art. 37, o § 2°, do CDC, a proibição a toda e qualquer publicidade destinada ao público infantil.

No último parecer apresentado, favoravelmente a aprovação do projeto, o Deputado Salvador Zimbaldi ressaltou que regular o tema no Brasil é importante no cumprimento dos direitos da criança previstos pela Constituição Federal e afirmou:

[8] Conforme notícia publicada no jornal Valor Econômico, Tendências & Consumo, de 20.05.2008, sob o título "Coca e Pepsi deixarão de anunciar para crianças".

> "Como já dizia o ditado, é 'como roubar doce de criança' a tentativa de implementar desejos em uma criança para a aquisição de um produto. Neste caso, no entanto, não se roubam doces, mas sim a paz de inúmeras famílias e a integridade física e psicológica de milhões de crianças."

Aliás, tal preocupação reflete o que se discute há anos em outros países do mundo. Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta. No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos e 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[9].

E a ação de todos os países decorre de pesquisas que demonstram o impacto da publicidade no público infantil.

[9] Reportagem da Folha *on line* Vitrine de 15/03/08: HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm acessado em 25/07/13 às 17:03h

624

A pesquisa realizada pelo canal de televisão *Nickelodeon* (*Nickelodeon Business Solution Research*) apresenta as conclusões na forma de "10 segredos para falar com as crianças – Que você esqueceu porque cresceu". À fl. 239 conclui que à partir dos 2 anos a criança já desenvolve forte sensibilidade ao produto e à partir dos 4 anos também à marca. Que são "peça chave na hora da compra" possuindo grande influência na compra de produtos como roupas, brinquedos e *shopping centers*, elegendo inclusive a marca (fls. 240). Que "um bom personagem comunica mais que mil palavras" (fls. 268/271). E que para "prender a atenção delas" as campanhas devem ser lúdicas e divertidas (fls. 250/261). Por fim chegou à conclusão, no Segredo nº 10 (fls. 273/276), que a "Criança é uma Esponja", reconhecendo que elas absorvem tudo o que vêem e ouvem por meio da publicidade, e que são profundamente vulneráveis à mensagem por ela disponibilizada.

Ainda, em pesquisa realizada pela empresa InterScience: Informação e Tecnologia Aplicada, associada a TNS (Taylor Nelson Sofres), segunda maior empresa do ranking mundial de pesquisas de mercado, de título "Como atrair o Consumidor infantil, atender expectativas dos Pais e ainda, ampliar as vendas." foram obtidas as seguintes informações: À fl. 149 chegou-se a conclusão de que 80% das crianças influenciam nas compras de produtos; na fl. 157 se evidencia a dificuldade das mães que trabalham fora em dizer "não" aos seus filhos, trazendo para si a sensação de frustração e remorso nos casos de resposta negativa; que os infantes se sentem vitoriosos, contentes e satisfeitos quando os pais atendem seus desejos de consumo, porém sentem tristeza, inconformismo e fazem birra quando os pais frustram

seus desejos (fl. 163), ademais na fl. 181, por meio de um desenho, vislumbra-se a reação das crianças: quando a resposta é não os pais perdem a "grandiosidade", quando é sim, ganham "grandiosidade"; enfim, na fl. 192, como fatores que influenciam o consumo de produtos infantis em geral são apontados como primordiais a propaganda na TV (70%), o uso de personagem famoso (50%), ambos utilizados nas campanhas publicitárias repelidas pela ré.

Como afirmam Fernanda Baeza Scagliusi, Flávia Mori Sarti Machado, 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 freqüência os produtos anunciados. Os resultados com diferenças mais significativas foram obtidos em produtos alimentícios anunciados duas vezes, sendo que as menores diferenças ocorreram no caso de produtos não alimentícios."(*in* marketing aplicado à indústria de alimentos, cópia em anexo)

Assim, 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 a afirmação de que os pais, que tem o poder de guarda, conhecem as informações dos produtos, é fechar os olhos para o poder persuasivo, seja da publicidade, seja de uma criança como apontado nas diversas pesquisas acima mencionadas.

Por óbvio, não se está querendo isentar os pais de suas responsabilidades no tocante ao cuidado de seus filhos. Todavia, é nítida a estratégia da autora em se valer dos pequenos para que influenciem de forma determinante nas decisões de compra da família.

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

5 - DA INFRAÇÃO AO ART. 37, § 2º DO CDC.

A autora, como consta no auto de infração (fl. 63/64 dos autos) foi autuada em virtude da veiculação de comerciais na mídia televisiva e mídia eletrônica (www.papetenisdoguga.com.br), que divulgaram as campanhas publicitárias "Hello Kitty Fashion Time" e "Guga K. Power Games" com teor abusivo, por se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Com tal conduta, infringiu o disposto no art. 37, §2, da Lei nº 8.078/90.

Antes de tudo, cabe salientar que o espanto da autora ao receber a condenação, uma vez que as peças publicitárias descritas no auto de infração não estariam mais sendo veiculadas, nada tem de contundente.

Com tal alegação, busca a autora transmitir a ideia de que a regularização posterior da conduta irregular, como, por exemplo, o recolhimento do mercado de consumo de um produto viciado ou a retirada do ar de uma publicidade abusiva ou enganosa poderia neutralizar o cometimento da infração às normas consumeristas, como se perdoada estivesse, o que se revela inconcebível.

A infração restou consumada no momento em que as publicidades foram veiculadas, posterior adequação só demonstram que o objetivo da pena, que é educar o fornecedor, foi alcançado.

De outro lado, a alegação de que outras empresas veiculam publicidades semelhantes, o que nem mesmo foi demonstrado nos autos, já que as fotos integrantes da petição inicial nada provam quanto a questão, em nada aproveita a autora, na medida em que, não é porque determinada empresa pratica uma conduta contrária ao CDC que as demais também estão autorizadas a fazê-lo.

Não pretende a ré a proibição de toda e qualquer publicidade. O que se pretende é que as empresas a façam de forma responsável, sem se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência de uma criança para aumentar suas vendas.

Infelizmente não foi o caso dos autos, como será adiante demonstrado. Dessa forma, não restou outra opção à Fundação PROCON, ao constatar frontal violação do disposto no art. 37, §2º do CDC, agir em acordo com o princípio da estrita legalidade e coibir as publicidades abusivas veiculadas pela autora.

E o próprio E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao reconhecer a abusividade de propaganda direcionada às crianças, corroborou a posição da Fundação PROCON/SP:

> ANULATÓRIA - **AUTO DE INFRAÇÃO E MULTA LAVRADOS PELO PROCON POR ABUSIVIDADE EM PUBLICIDADE** - PUBLICIDADE QUE INDUZ A POPULAÇÃO MENOS ESCLARECIDA A ADQUIRIR O PRODUTO POR SER EFICIENTE E DECISIVO PARA UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E QUE FAVORECE O CRESCIMENTO DO INFANTE -**INFRAÇÃO DO ARTIGO 37, § 2º DO CDC SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA** RECURSOS PROVIDOS (TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Recurso de Apelação nº 0018829-84.2011.8.26.0053, relator Desembargador Ferraz de Arruda, recurso julgado em 28/11/12) (g.n.)

Analisemos agora as publicidades.

5.1 - CAMPANHA PUBLICITÁRIA "HELLO KITTY FASHION TIME".

Com relação à campanha publicitária "*Hello Kitty Fashion Time*" constatou o agente fiscal que a autora veiculou a mesma em 16/09/2009. Nesta, meninas contracenam entre si e conforme vão desfilando, as amigas mostram cartazes de incentivo com os dizeres: "Poderosa!", "Show", "Pode!". Ao final, as crianças passam por alguns meninos que também ostentam cartazes no mesmo teor. Ao fundo, uma voz infantil anuncia: "Sandália Hello Kitty com relógio que troca de pulseira. A hora certa de você arrasar".

Alega a autora que a campanha em questão apenas faz uso de interações típicas de meninas e meninos na pré-adolescência, logo, não promove a erotização precoce das crianças e não antecipa fases da vida adulta.

Contudo, a realidade é outra, sendo os argumentos oferecidos e as jurisprudências colacionadas incapazes, *in casu*, de afastar a infração praticada.

Referida campanha, como pode se observar mediante sua visualização (fl. 548 dos autos), por meio do uso de crianças-modelo, fato que estabelece uma conexão imediata com as crianças telespectadoras, induz as mesmas a se identificarem com os modelos apresentados e copiarem a atitude exibida, o que culmina por provocar uma erotização precoce.

Não bastando, além de estimular o consumismo, ela faz com que a criança antecipe fases da vida adulta, deixando de agir simplesmente como criança, nos seus atos mais singelos e inocentes, para se comportar como se mulher adulta fosse, capaz de atrair olhares e desejos do sexo oposto.

Mediante análise criteriosa da propaganda veiculada, observa-se que as modelos-mirins, indubitavelmente, desfilam copiando modelos adultos através de trejeitos, expressões corporais e faciais, além de comportamentos inerentes a modelos adultas.

Inclusive a forma como é utilizada a sandália "Hello Kitty Fashion Time", cuja forma (com salto, por exemplo) se assemelha a um sapato feminino adulto, bem como o próprio "desfile" em si, transmitem a ideia para uma criança de que o uso do produto a tornará "poderosa", "linda" e "D+", e com isso atrairá os olhares dos meninos.

O próprio cadenciamento do comercial perpassa a mensagem que inicialmente as crianças se preparam, ensaiam para um objetivo fim, e após o "treinamento", transmutam da "brincadeira" para a "vida real" com o claro propósito de "arrasar" e atrair a atenção e o desejo dos meninos.

Aliás, é este o desfecho da publicidade em questão, os olhares das crianças do sexo masculino que manifestam suas aprovações através dos cartazes (com escritas "uau", "linda" e "D+") e das suas próprias expressões, sejam faciais, sejam corporais.

Não há nada de "interação casual".

Ora, a publicidade em questão instiga a criança a se preocupar com vestimentas da moda e serem sensualmente atraentes e desejáveis aos olhos de outrem.

Dessa forma, claramente se aproveita da vulnerabilidade infantil para incentivá-las da importância de aderirem aos modismos adultos, e no caso em questão, conquistarem os meninos, crianças essas que não são capazes de discernir acerca dos perigos que a informação publicitária contém em suas mensagens.

Vale dizer, o vídeo publicitário promove a inserção antecipada de crianças em questões pertencentes ao universo adulto, contribuindo para a eliminação de etapas importantes do desenvolvimento infantil

A ideia que a mensagem publicitária transmite é de que a criança deve, desde logo, ser inserida em aspectos do mundo adulto (que, diga-se de passagem, ainda não lhe pertence), qual seja, o mundo do erotismo e do apelo sexual. Com isso coadjuva com que a criança tenha hábitos e vivências extemporâneas ao seu momento de peculiar crescimento e formação.

A situação se torna ainda mais delicada e abusiva, se levarmos em conta que o produto anunciado é vendido juntamente com um produto promocional, o que atrai sobremaneira as crianças de modo geral.

Veja que, diferentemente do que tenta passar a autora, o comercial não demonstra "interações típicas de meninas". Há, sim, forte conotação sexual e, sobretudo, erótica, arraigada na publicidade em análise. A criança é alçada à condição de mulher com anseios característicos de atrair o desejo e os olhares masculinos.

De outro lado, as crianças que participaram do comercial não são pré-adolescentes. Claramente nenhuma delas tem mais que 10 (dez) anos de idade.

Corrobora a posição da ré o exposto pela psicóloga Maria Helena Masquetti, em caso análogo, no parecer psicológico sobre o *outdoor* da *Grife Lilica Ripilica*[10]:

> "A estratégia adotada pela empresa para vender sua grife de roupas encerra em si uma proposta de adultização das crianças, induzindo-as precocemente à buscarem na vaidade pessoal uma forma de gratificação, coisa incompatível com a espontaneidade e a ingenuidade infantil. A idéia de um adulto saudável é inconcebível sem uma infância preservada de estímulos precoces. Por mais que os modelos de roupas criados pela grife em análise envolvam caracteres infantis, a forma como são divulgados, por meio de crianças desfilando sensualmente com trejeitos adultos e acentuadamente maquiadas, estão longe de estimular uma infância genuinamente saudável."(g.n)

Portanto, ao veicular a citada campanha, a autora incide em publicidade abusiva, na medida em que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, levando à mesma a se portar de maneira notadamente prejudicial à sua própria condição.

[10] MASQUETTI, Maria Helena. Parecer Psicológico Sobre o Outdoor da Grife Lilica Ripilica – Empresa Marisol S.A. Disponível em: http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/acoes/marisol_lilicaripilica/parecer%20lilica.pdf. Acesso em: 29/07/13 as 16:40h.

5.2 - CAMPANHA PUBLICITÁRIA "GUGA K. POWER GAMES".

No que toca a campanha publicitária "Guga K. Power Games", o famoso tenista Gustavo Kuerten, após apresentação do produto "Papetenis" convida as crianças a acessarem o site www.papetenisdoguga.com.br e a jogar o "papetênis". Para isso, devem cadastrar-se no referido site e escolher um dos modelos do "Papetenis".

A campanha publicitária foi lançada em 2009, tendo sido amplamente veiculada em meio à programação infantil, inclusive, no Programa TV Globinho de 16/09/2009.

A partir da análise do CD de fls. 546, vislumbramos que, ao longo da peça publicitária, duas crianças estabelecem o seguinte diálogo:

> **"- O Guga é o melhor jogador de papetênis do mundo**
> **- E agora o Guga está procurando um sucessor.**
> **- É, mas para isso alguém terá que vencê-lo".**

Neste momento, o locutor diz: "Acesse www.papetenisdoguga.com.br e veja se você é capaz", ao que uma das crianças aponta: "Eu duvido".

Em seguida, o próprio Guga conclama as crianças a tentarem o jogo, que está disponível no citado site: "Agora eu quero ver quem vai me deixar no chinelo". Por fim, o locutor anuncia: "Coleção Guga 2009: Encara qualquer desafio".

Importa reforçar que o site em questão apresenta um jogo: o *papetênis*. As crianças são estimuladas a jogar, sendo que para tanto devem escolher um dos dois modelos disponíveis de papetes. Com isso, o site de jogos traveste-se em verdadeiro espaço para anúncios de produtos e, o pior, de maneira camuflada.

Do diálogo e demais narrativas acima transcritas, denota-se que a autora realiza, na verdade, uma publicidade clandestina, na medida em que as crianças não percebem tratar-se de apelo comercial e acreditam estar apenas brincando de jogar tênis no site com o famoso tenista Guga, o que acaba por conduzir a um contínuo processo de fidelização de marca.

Dessa forma, ela utiliza-se da credibilidade infantil, na medida em que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, em infração ao já transcrito art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse cenário, e diferentemente da ideia que tenta emplacar a autora, não há dúvidas de que a publicidade é direcionada eminentemente ao público infantil. Tal afirmação se comprova pelo fato de que foi veiculada em meio à programação infantil (Programa TV Globinho) e por ser protagonizado por crianças.

Ora, uma campanha publicitária que era destinada a um público infantil, veiculada em meio à programação infantil, de um produto destinado exclusivamente às crianças, é pouco crível na falaciosa tese da autora de que o jogo seria destinado a adultos.

Soma-se a isso o fato de que somente crianças jogam o "papetênis" durante a propaganda veiculada, dessa forma, no "mundo virtual" do jogo, porque tal fato seria diferente?

Além disso, não há nenhuma comprovação nos autos de que a autora possuiria mecanismos eficazes de impedir que qualquer menor tivesse acesso ao jogo.

Nota-se, aliás, que durante toda propaganda, não há qualquer menção ao regulamento ou a indicação etária.

Isto posto, a autora realiza publicidade clandestina, na medida em que as crianças (que possuem pleno acesso ao jogo, repisa-se, já que o regulamento e cadastro não são mecanismos eficazes de controle) não percebem tratar-se de apelo comercial e acreditam estar apenas brincando no *site*, o que é claramente abusivo.

O seu grande atrativo é justamente a fidelização da marca pelas crianças. E o pior, sem que a criança perceba que se trata de publicidade, acreditando estar apenas competindo e jogando com seu ídolo tenista.

E aí é que reside a sua abusividade porquanto se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança para conseguir atrair a atenção desse público-alvo.

O Código de Defesa do Consumidor deu tratamento especial à criança, considerando-a vulnerável e hipossuficiente. Nesse sentido, ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin[11]:

> "A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.
> **A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária**. Em conseqüência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo.
>
> (...)
>
> O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados."(g.n)

E a proteção especial se dá justamente porque as crianças, por estarem em desenvolvimento, são incapazes de entender as mensagens publicitárias que lhe são dirigidas, não conseguindo distingui-las da programação na qual estão inseridas e se defender do seu caráter persuasivo.

[11] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 343-344.

Ora, se a criança não consegue identificar a publicidade como tal, também há violação do princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor[12], pelo qual o consumidor tem o direito de saber prontamente que a mensagem transmitida é uma publicidade e, portanto, tem por objetivo promover a venda dos produtos ou serviços anunciados e que ele, consumidor, é o seu destinatário.

De fato, o objetivo da referida publicidade era criar nas crianças o desejo de obterem a coleção completa de papetes, o que facilmente se nota pelo uso de comandos imperativos, como "Veja se você é capaz". "Eu duvido". "Agora eu quero ver quem me deixa no chinelo". "Coleção Guga 2009: encara qualquer desafio", citados nos textos e no filme publicitário da promoção.

A esse respeito, afirma Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin[13]:

> "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." (grifos nossos)

[12] "Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal".
[13] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 344

5.4 DAS DECISÕES DO CONAR

No tocante ao argumento de que o CONAR teria analisado e aprovado a publicidade ora questionada, importante frisar que o Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária, é um órgão colegiado criado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação para exercer o controle privado da publicidade no país[14], aplicando as regras do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

Este documento, elaborado com base em princípios éticos e morais e em consonância com a Constituição Federal e as legislações federais pertinentes, funda-se no comprometimento daqueles que, por vontade própria, aderiram a seus preceitos.

Daí poder-se dizer que o CONAR não é um órgão imparcial. Suas recomendações, embora devessem refletir as determinações do referido Código, estão influenciadas pela ótica do mercado publicitário. É o que se evidencia em grande parte dos julgamentos, em que os dispositivos do Código são interpretados de acordo com a ética do mercado, que não necessariamente leva em consideração os direitos dos consumidores.

[14] O Código de Defesa do Consumidor adotou o controle misto da publicidade, em que, além do controle privado, há o controle estatal, exercido pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário. A respeito do assunto, ver Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 301-303.

Assim, a Administração Pública, por meio desta Fundação, ao exercer o controle estatal da publicidade, não está vinculada às decisões do CONAR. São controles diferentes. Naquele, prevalece os interesses do mercado publicitário. Neste, a **ótica é a defesa dos interesses dos consumidores, que sempre prevalecerão sobre quaisquer outros.**

Note-se que, a mera leitura da decisão do CONAR é suficiente para demonstrar a divergência de enfoque na questão, o relator afirma que: "O comercial está dizendo apenas que, se você quer deixar os garotos de queixo caído, o sapatinho e o relojinho podem ajudar."

Ora, definitivamente "deixar os garotos de queixo caído" não é o que se espera de crianças na faixa etária apresentada pela publicidade, daíi a abusividade..

De qualquer forma, nem mesmo o CONAR aprovou inteiramente as publicidades, em ambas foi recomendada a alteração do anúncio: a da "Sandália Hello Kitty – Grendene" cf. fls. 535 e a do "papatenis Guga" para esclarecer as condições da premiação e e alertar na publicidade que apenas os maiores de 18 anos podiam se canditar aos prêmios, cf. segue[15]:

[15] http://www.conar.org.br/. Acesso em 06.08.2013.

"PAPATENIS DO GUGA"

Mês/Ano Julgamento: DEZEMBRO/2009

Representação nº: 260/09

Autor(a): Conar, por iniciativa própria

Anunciante: Grendene Sobral

Relator(a): Conselheiro Samir Salimen

Câmara: Quinta Câmara

Decisão: Alteração

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 37 e 50, letra "b" do Código

Resumo: A representação em referência tem como alvo o emprego das frases "acesse www.papetenisdoguga.com.br e veja se você é capaz" e "agora quero ver quem vai me deixar no chinelo", em comercial da Grendene veiculado na TV. Na mensagem, o tenista Guga aparece "disputando" uma partida com as crianças, mas, em vez da raquete, eles usam os produtos anunciados. É o gancho para promover a linha de calçados da marca e também convidar os telespectadores para uma visita ao site da ação.

Segunda a defesa, nesse contexto não há apelo de consumo à criança, uma vez que a mensagem remete ao endereço eletrônico, no qual é possível disputar uma partida do "papetenis", mas não há promoção de vendas, até porque a marca não faz venda direta ao consumidor.

Por maioria, o Conselho de Ética acolheu o voto vencedor pela alteração do comercial, onde se salienta a necessidade de o anunciante esclarecer as condições da premiação referente à promoção realizada pela internet e de alertar, na peça publicitária, que apenas maiores de dezoito anos podem se candidatar aos prêmios.

5.5. Da ausência de prejuízo aos consumidores.

Não vinga ainda o argumento de suposta ausência de prejuízo aos consumidores.

Para instauração do procedimento administrativo sancionatório, basta que o agente fiscal averigue a ocorrência de prática contrária à lei, para que emerja ao Estado o dever de punir. A lesão ou dano 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 CDC, o dano é sempre potencial.

De acordo com Hely Lopes Meirelles[16], "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".

Logo, impossível considerar que para que se proceda à autuação seja necessário haver efetivo prejuízo ou comprovação de eventual dano ao consumidor ou ao Estado. Cláudia Lima Marques, neste sentido, 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 (...)[17] (grifos nossos)

Aliás, o art. 56, do CDC e, o art. 2º, da Portaria Normativa Procon nº 26/06 (com nova redação dada pela Portaria Normativa Procon n° 33/09), são claros aos 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.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 134
[17] MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed., São Paulo: RT, 2006. p. 858

Dessa forma, a autuação perderia o próprio objeto caso fosse necessário primeiro haver, *in* concreto, dano ao consumidor. **A aplicação de sanção visa justamente prevenir eventual dano e, ao mesmo tempo, educar e evitar a reincidência da conduta por parte do fornecedor.**

6 - DA APLICAÇÃO DA MULTA

De início cumpre informar que, em 14/03/12, 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 ré são válidas e legais e o art. 57 do CDC é constitucional, corroborando mais de uma centena de acórdão sobre o tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita:

> **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 sarem 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.**

Portanto, sobre a possibilidade de aplicação da multa com base em tais Portarias e a legalidade destas não existe mais discussão.

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

No Estado de São Paulo, por força do art. 3º, XI, da Lei Estadual 9.192/95, à Fundação PROCON compete o exercício do poder de polícia para fiscalizar o estrito cumprimento pelos fornecedores de produtos e serviços das normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor.

Referido dispositivo estabelece duas importantes regras: uma de *competência* para a imposição de penalidades e outra de *finalidade*, já que a punição de condutas 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, **cumulativamente**, pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo.

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** (com a redação alterada 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 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 legislação consumerista, havendo ali expressa menção acerca das formas de apuração da vantagem econômica, gravidade da infração e porte econômico do infrator.

Sem dúvida, é esse o caso dos autos, já que a Fundação PROCON, por meio da Portaria n.º 26/06 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.

6.1 - Análise do caso concreto - Da multa aplicada à autora

No caso em tela, à autora foi imposta multa administrativa no importe de R$ 3.192.300,00 (três milhões, cento e noventa e dois mil e trezentos reais), já considerada redução de 1/3 (um terço) em virtude da aplicação da circunstância atenuante da primariedade (fl. 476) e aumento de 1/3 em razão da aplicação de circunstância agravante por ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de 18 anos, resultando a aplicação da atenuante e da agravante na manutenção da pena base (fls. 477). 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, a autora, conforme demonstrativo de fl. 419 dos autos.

Por sua vez, considerando o porte econômico da autora, 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 auferida, porquanto não apurada.

642

6.2 - Da forma de apuração do porte econômico da autora

O art. 32, §1°, da Portaria Normativa Procon n° 26/06 (com nova redação dada pela Portaria Normativa Procon 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, 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. 32, §1°, da Portaria Normativa Procon n°26/06, a ré calculou o valor da multa com base no seu faturamento estimado, já que da análise dos autos, nota-se que a autora não apresentou documento hábil capaz de infirmar o arbitramento feito pela Fundação PROCON, visto que o documento por ela apresentado

não atende ao disposto no *supra* citado artigo, conforme se denota pela fl. 516 dos autos, razão pela qual se faz necessária a manutenção da estimativa da receita mensal média.

Note-se que o arbitramento não foi aleatório, mas tomou como base a notícia de fls. 70 dos autos.

Aliás, importante destacar, que nem mesmo agora, na esfera judicial, a autora se dignou a demonstrar o valor de sua receita por meio de documentos hábeis e que possui, tais quais: 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; e 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.

E se não o fez, por óbvio é porque o valor real de sua receita é muito superior ao estimado.

6.3 - Gravidade da infração e vantagem auferida

A gravidade da infração cometida pela autora é evidente, ante o flagrante desrespeito ao disposto no art. 37, § 2, do CDC, que culminou em frontal infração a preceitos de ordem pública e interesse social.

649

Por essa razão, a conduta merece 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 26/06. Com base na análise do caso concreto e na lesividade da conduta, a Fundação PROCON, no exercício do seu poder discricionário, enquadrou a infração no grupo III, numa graduação que vai de I a IV, haja vista o potencial ofensivo de cada conduta objeto da punição administrativa.

Importante destacar que, ao contrário do alegado, a conduta é grave, na medida que afeta um número indeterminado de crianças, se aproveitando de sua inexperiência.

Quanto à vantagem auferida pelo fornecedor, é certo que nenhum acréscimo à penalidade houve com base nesse motivo (vide expressão "vantagem auferida não apurada" no demonstrativo de arbitramento da multa – fl. 419 dos autos). A autora, portanto, beneficiou-se.

Nesse passo, a não constatação de vantagem não impede a aplicação da penalidade. Tal colocação deriva da falsa premissa de que os três critérios previstos no art. 57, caput, da Lei 8.078/90 são dependentes entre si, o que não é verdade.

E dizer que sem apuração de vantagem não há multa ou infração significa desconsiderar a importância dos outros critérios previstos no art. 57, caput, da lei 8.078/90. Se aceito tal argumento, teríamos que forçosa e desarrazoadamente concluir que, em casos como os de falta pura e simples de indicação de preço nas mercadorias (e não de diferença entre gôndola e caixa), onde não se apura qualquer vantagem econômica, nenhuma penalidade poderia ser aplicada ao fornecedor, apesar da clara infração ao dever de informação prescrito no art. 31 do mesmo diploma legal.

6.4 - Inexistência de ofensa aos princípios da proporcionalidade/razoabilidade. Subsistência do auto de infração e da multa

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada à autora é justa e decorre de flagrante afronta ao comando do art. 37, § 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 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. 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.

O valor da multa (R$ 3.192.300,00), por sua vez, equivale a apenas e tão somente **0,17%** do seu faturamento mensal estimado (fl. 419). Fácil perceber, portanto, que a alegação de excessividade não se justifica.

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.

Por fim, quanto à insinuação de que o arbitramento da multa tangencia o indevido enriquecimento dos cofres públicos e tem objetivo confiscatório, observa-se que o destino das multas obedece a dispositivo legal e à ré, interessa tão somente o cumprimento das normas consumeristas.

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. 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

7 - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infrações ao art. 37, § 2 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, aguarda-se a total improcedência da ação, condenando-se à autora nos consectários da sucumbência e anotando-se o nome dos seguintes Procuradores na contracapa dos autos:

Dra. Paula Cristina Rigueiro Barbosa Engler Pinto, OAB/SP 127.158
Dra. Tatiana de Faria Bernardi, OAB/SP 166.623
Dra. Maria Bernadete Bolsoni Pitton, OAB/SP 106.081

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

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, 05 de agosto de 2013.

PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 127.158