



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 11ª
 VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processo nº 1015328-03.2014.8.26.0053

Rito ordinário

“Como pode um pai explicar a seu filho que os adultos por trás da promoção visam explorá-la quando o que ela concretamente vê são dezenas de outras crianças como ela ganhando prêmios e convidando-a tão entusiasmamente a fazer o mesmo. E quando estas crianças acenam-lhe com a chance de “mais de um milhão de prêmios” o que, honestamente analisado, não é verdade.” **1**

PROCON/SP - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR E OUTRO, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n ° 57.659.583/0001-84, nos autos do processo em epígrafe que lhe move **ALSARAIVA COM EMPREENDIMENTOS IMOB E PAR**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 56.286.727/0001-31, vem, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil, apresentar sua **CONTESTAÇÃO** pelas razões a seguir expostas:

1 Parecer da psicóloga Maria Helena Masquetti sobre a campanha Disney Stars



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

1 – DOS FATOS

Insurge-se a autora contra o auto de infração e imposição de multa 5466 série D7, processo administrativo 1674/10, lavrados pela ré por afronta ao artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/90, onde recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe de R\$ 2.408.240,00 (dois milhões, quatrocentos e oito mil, duzentos e quarenta reais), consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do mesmo diploma legal.

A conduta praticada consistiu em promover publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, utilizando-se de práticas em publicidade, inclusive, repudiadas pelo CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária), com infração ao **artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor;**

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

- que é de rigor a concessão de medida liminar para obstar a inscrição da multa na dívida ativa;
- inocorrência da infração, vez que a campanha estimulava a leitura; foi analisada previamente pelo CONAR; os kits promocionais podiam ser adquiridos separadamente; foi objeto de elogios de entidades públicas, escolas, professores e clientes; a publicidade era dirigida aos pais; os alimentos fornecidos são nutritivos e balanceados;
- que houve violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, vez que a multa foi imposta antes da abertura do prazo para defesa;
- que houve violação aos princípios da liberdade de expressão, livre iniciativa, isonomia e segurança jurídica;
- que não há disposição legislativa que impeça a veiculação de publicidade voltada para crianças;
- que não existe vinculação entre a compra do lanche e do brinquedo;
- que a multa aplicada é confiscatória, violando o os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

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

A multa está inscrita na dívida ativa (Certidão da Dívida Ativa nº 1.133.509.851), e a execução foi suspensa face à concessão da tutela antecipada. (docs. 01 a e 02)

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

A atribuição da Fundação PROCON-SP para fiscalizar o mercado de consumo advém, originariamente, do próprio mandamento constitucional, que dispõe no seu artigo 5º, inciso XXXII, “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”.

Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, art. 275, dispõe da mesma forma que:

“O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei”.

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, principiologicamente, reconhece a vulnerabilidade do consumidor e a exigência da sua proteção estatal, por iniciativa direta, controlando e participando do mercado de consumo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Este controle direto, na esfera do Poder Executivo, se dá por meio da competência concorrente e comum das entidades e órgãos, cuja finalidade é a proteção do consumidor, quais sejam: a Secretaria Nacional de Direito Econômico e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ambos ligados ao Ministério da Justiça e atuantes no âmbito federal; os PROCONs estaduais e os respectivos órgãos municipais de defesa do consumidor, os quais atendem por várias outras denominações e não só PROCON-SP (SIDOC, Prodecon, etc.) e integram os sistemas nacional e estadual (correspondente a cada Unidade Federativa) de defesa do consumidor.

De forma expressa ela vem prevista no artigo 55 e § 1º do Código de Defesa do Consumidor:

A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão...

No Estado de São Paulo, conforme dispõe a Lei nº 9.192, de 23 de novembro de 1995, cabe à Fundação PROCON-SP, dentre outros objetivos, elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor e, para a consecução de seus objetivos, deverá (art. 3º, inciso XI) *“fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções”*.

Assim, o fato gerador da aplicação de sanções administrativas por iniciativa da Fundação PROCON é o descumprimento de toda e qualquer norma referente a relações de consumo, com destaque àquelas descritas no genuíno instrumento legal de proteção: **a Lei 8.078/90**.

Do exposto, verifica-se que sempre que alguma das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor for violada, emergirá o poder de polícia para instauração de processo administrativo e, se o caso, imposição de penalidade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, o poder de polícia administrativo é:

"a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo." (MELLO, 2000:675). (g.n).

Já sob o ponto de vista legal, o conceito encontrado no ordenamento jurídico brasileiro, é o expresso no artigo 78 do Código Tributário Nacional:

*Art. 78. Considera-se **poder de polícia atividade da administração pública** que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (g.n).*

Ou seja, tanto o conceito doutrinário como o conceito legal apontam para o fato do poder de polícia ser um atributo da administração pública – compreendo a direta e indireta – limitador da liberdade e da propriedade, exercido com base no interesse público, expresso de diversas formas, sejam normativas ou executivas, auto-executório e, finalmente, limitado pela lei, tudo conforme explanado em laudas precedentes.

Desse modo, como é sabido, na sistemática brasileira, o governo para cumprir suas atribuições depende de uma estrutura organizada e denominada de Administração Pública, que pode ser direta ou indireta. A grosso modo, diz-se:

- direta quando os órgãos pertencem às pessoas jurídicas que compõem o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

- indireta quando se refere a pessoas jurídicas constituídas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, **fundações públicas** e os consórcios públicos) para o desempenho especializado de um serviço público a elas destinado e submetido a controle por um órgão ligado à Administração Direta, no caso, o PROCON/SP (fundação Pública – administração indireta) que se vincula à Secretaria da Justiça e Defesa da Cidadania do Governo Estadual (administração direta).

Consoante entendimento da melhor doutrina, “*as pessoas públicas (autarquias e fundações de direito público) têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os Órgãos da Administração Direta (...)*”.

Do exposto, resta inequivocamente demonstrada a competência da Fundação PROCON para a lavratura do auto de infração ora discutido e consequente aplicação de sanção administrativa.

Antes de adentrar ao mérito da questão, informa a ré que acosta aos autos cópia integral do processo administrativo, vez que a autora limitou-se a juntar apenas parte dele. Assim, todos os números de páginas citados referem-se aos documentos ora juntados. (docs. 03 a 05)

2 - DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

A promoção 'QUE BICHO É ESSE' foi dirigida eminentemente ao público infantil, assim como toda a comunicação mercadológica e a publicidade criada para sua divulgação.

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

Di Pietro, Maria Sylvia. Direito Administrativo, 23ª edição, editora Atlas, 2010, p. 425.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

É fato.

Entretanto, o que desconhece a autora é que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade **enganosa** e **abusiva** que envolva crianças.

A proteção da criança e do adolescente está prevista genericamente no artigo 227, *caput* da CF/88³ e de forma específica nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴.

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.”

³Art. 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.”

⁴ “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

A norma do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a autuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil, cabendo ao aplicador da norma (PROCON na esfera administrativa e o magistrado na judicial) subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida.

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, houve uma revolução na Internet e na televisão por assinatura, com o advento de canais exclusivos ao público infantil, além do que já era veiculado na TV aberta.

O ambiente da mídia foi modificado e impôs ao aplicador da lei a tarefa de subsumir esta nova realidade à norma de ordem pública que proíbe a veiculação de publicidade que prevaleça da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e do adolescente.

Esta proteção especial se dá justamente porque a criança ainda está em desenvolvimento, não sendo capaz de tomar decisões ponderadas quando colocada diante de uma publicidade, que, na maioria das vezes, ela nem identifica como tal. Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing* e, tampouco, de se defender do seu caráter persuasivo. É o que explica Noemi Friske Momberger⁵:

“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.”

⁵ 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

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 despreza 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.

A preocupação com a publicidade dirigida à criança há anos vem sendo discutida em outros países do mundo.

- Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta.
- No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos. São proibidos apelos para fazer a criança comprar por meio de proposta direta.
- Na Finlândia, é proibido usar desenhos ou crianças conhecidos.
- Na Dinamarca, o uso de personagens de televisão é proibido para publicidades dirigidas a crianças.
- Na Grécia, é proibida a publicidade de brinquedos entre 7h e 22h e não há publicidades de brinquedos de guerra.
- No Reino Unido, personalidades de programas infantis não aparecem em publicidade antes das 21h e produtos baseados em programas de televisão não são mostrados antes ou depois do programa em questão.
- Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos.

Vê-se, portanto, que a preocupação quanto ao conteúdo da publicidade dirigida ao público infantil constitui preocupação global e referendada por profissionais das mais diversas áreas, não se tratando de “achismo” ou “entendimento subjetivo” da Fundação PROCON-SP como insinua a autora.

⁶ 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

A esse respeito, afirma ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN⁷:

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

Numa perspectiva psicológica, leciona o professor de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de La Taille (fls. 128-129 do processo administrativo):

“Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiram compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão”. (g.n).

“(…) é certo que propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica”. (g.n).

Conforme entendimento do supracitado professor, não há resistência moral suficiente na criança, como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica. Nessa linha, a psicóloga MARIA HELENA MASQUETTI conclui:

“Por serem adultos, os pais têm condições de rejeitar ou não uma promoção, dependendo da avaliação que façam sobre ela. Já a criança não tem maturidade para isso, reagindo sensivelmente a qualquer apelo sedutor que prometa gratificá-la. E este apelo pode ser um simples bonequinho, como as da promoção. Em função da maneira lúdica com que a criança atua no mundo, o brinquedo pode ter para ela caráter de necessidade.” (fl. 67).

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

⁷ 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

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

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

3 - DA INFRAÇÃO AO ARTIGO 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal, em seu artigo 227, *caput*⁹, estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente os direitos 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 e determina que as crianças e os adolescentes sejam protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁹ <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40>. Em 04/05/2001.

“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.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) regulamenta os referidos direitos, alguns deles comuns a todos os cidadãos e outros pertinentes só às crianças e aos adolescentes, e consagra o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a inviolabilidade de sua integridade física, moral e psíquica, especialmente nos artigos 4^o¹⁰, 5^o¹¹, 6^o¹², 7^o¹³, 17¹⁴ e 18¹⁵.

Prevê, ainda, no seu artigo 76, normas a serem seguidas pelas emissoras de rádio e televisão no tocante à programação, a fim de que se dê preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas que respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina a publicidade de forma específica, o que foi feito pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990), elaborado em razão do mandamento constitucional constante dos artigos 5^o, inciso XXXII¹⁶ e 170, inciso V¹⁷.

¹⁰ “Art. 4^o. 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.”

¹¹ “Art. 5^o. 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.”

¹² “Art. 6^o. 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.”

¹³ “Art. 7^o. 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.”

¹⁴ “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.”

¹⁵ “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.”

¹⁶ “Art. 5^o. (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

¹⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor;”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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.” (grifamos)

Podemos perceber que a Lei nº 8.078/90 elencou, a título exemplificativo, algumas hipóteses de publicidades consideradas abusivas¹⁸, dentre elas, *aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e de experiência da criança.*

E o agente fiscal, em minudente análise da campanha publicitária promovida pela autora, a considerou como abusiva, posto que infratora do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, conforme restará demonstrado:

A campanha publicitária denominada "Habibs Feliz" foi dirigida à atração de consumidores infantis e consiste na venda de alimentos acompanhados de brindes - brinquedo e livro - colecionáveis; e foi promovida por vários mecanismos, desde *banners* e anúncios nos próprios restaurantes da rede, a própria embalagem - que, diga-se de passagem, bem atraente aos olhos do público infantil - e comercial televisivo.

Embora não haja uma definição legal de publicidade abusiva, pode-se conceituá-la como sendo toda publicidade que ofende valores morais e princípios jurídicos fundamentais da sociedade, pois tanto a moral quanto o direito têm fundamento ético comum.

¹⁸ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 339.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Paulo Jorge Scartezini Guimarães descreve que o conceito de 'publicidade abusiva' não teria ainda sido definido pela doutrina ou por leis nacionais ou estrangeiras, mas conclui, em seguida, que seria abusiva a publicidade que **'ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa'**.¹⁹

Assim, “através da noção de abusividade, o legislador logrou reprimir condutas que, se não conflitam diretamente com o texto legal, **inobservam valores fundamentais do ordenamento, sendo potencialmente danosas**”.²⁰

Pode-se mencionar como sendo valores fundamentais da sociedade que devem ser preservados e protegidos: a dignidade da pessoa humana, a preservação do meio ambiente, a proteção contra publicidade **capaz de conduzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial** a sua saúde e segurança, **o respeito à criança**, ao núcleo familiar e aos **bons costumes**, dentre outros.

Portanto, fato é que toda publicidade deve respeitar os limites fixados pelo legislador e pela **própria sociedade**, além disso, não podendo colidir com interesses públicos de ordem superior que se sobrepõem às intenções comerciais das empresas.

A publicidade deve assumir uma função social e contribuir para auxiliar o Estado na tarefa de educar e ajudar na formação do consumidor como um verdadeiro cidadão, despertando a consciência para seus direitos e incentivando o exercício pleno da cidadania.

É o que afirma a especialista em Comunicação Michele Araújo de Menezes:

¹⁹ “A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16. p. 136.

²⁰ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. “Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 9, n. 35. São Paulo: RT, 2000. pp. 123-131.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

*“A função social da publicidade, de caráter informativo, de promoção de idéias, produtos e serviços (de maneira saudável e ética) e de entretenimento, começa a ser questionada a partir do momento em que os fins (aumentar as vendas de produtos e serviços dos clientes) não justificam os meios. (...) Caracteriza-se aqui a **função social da propaganda**, que visa a informar a população, incluir minorias, acabar com preconceitos, respeitar culturas, trabalhar a publicidade com ética, tudo isso sem deixar de focar a função comercial de vender produtos e serviços.”²¹*

No vídeo publicitário em questão, em síntese, aparecem diversas crianças interagindo com os brinquedos - "Bichinhos" - divulgados na campanha, brincando e cantando o seguinte *jingle*:

*"Borboletinha na cozinha faz esfiha pra cobrinha. A aranha chegou e pediu um pedaço. Do céu veio a libélula. Chegou, babou demais, a joaninha chegou pela chaminé, o sapo não entrou porque não lava o pé, a mosca tá moscando uhu, uhu! o jabuti, o caracol - **eu tenho um!** Já o caranguejo que só anda de lado, disse pro besouro - que paga, paga o pato.(Locutor:) Kit Habib's. Que bicho é este? **São diversos bichinhos para o seu filho brincar. Habib's feliz.**"*

Nota-se que a situação, à evidência, atribui relevância ao fato de brincar com os bichinhos, representando o simples “ter por ter”.

Vê-se que a noção de quem brinca com os bichinhos é feliz e se diverte, acaba por causar abusividade da mensagem, ao incutir no público infantil o sentimento de necessidade de se ter um ou mais dos bichinhos da aludida promoção para brincar, divertir-se e, conseqüentemente, ser feliz.

A sensação é demonstrada durante o transcorrer de toda peça publicitária, de modo a impor à criança que assiste o comercial a idéia de que precisa tê-los, inclusive pela inserção das frases "EU TENHO UM" e "HABIB'S FELIZ" no *jingle*.

Em momento algum é informado que o kit acompanha os livros mencionados na defesa.

²¹ “A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda”, 2006, Monografia (Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 36-40.
Disponível: <<http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>>. Acesso em: 01 de junho de 2007. (*grifos nossos*)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

A campanha publicitária, resume-se à apresentação dos 16 (dezesseis) bichinhos que possuem corda, de modo a estimular a compra do referido kit, pelo simples fato de adquiri-los.

Percebe-se, inclusive, que o anúncio é vocalizado ao final por um locutor, que utiliza a expressão "**São diversos bichinhos para o seu filho brincar**".

E, após, surge na tela, a seguinte expressão "**VOCÊ FELIZ HABIB's**", o que mais uma vez denota a intenção de incutir no público infantil a idéia de felicidade atrelada à aquisição do mencionado kit, isto é, a sensação de felicidade e alegria ao ter e brincar com os bichinhos, o que elimina, desde logo, a tese da Autuada no sentido de que a campanha é educativa e incentiva a leitura.

Realmente, o anúncio da TV não apresenta nenhum imperativo, conforme alega a autora, como por exemplo "compre"; porém, isto não basta para desclassificá-lo como abusivo, pois, **não afasta o apelo de encorajar o consumo do kit para a aquisição dos brinquedos, que, ao todo, são dezesseis.**

Os brindes acabam sendo a razão determinante para a aquisição do lanche (kit). Ressalte-se que, a própria campanha publicitária assim enfatiza, na medida que **os alimentos que compõem o kit sequer são mencionados no comercial.**

E muito embora a defesa alegue que a campanha publicitária é dirigida aos pais, "*sendo todos os dizeres quanto ao consumo de alimentos especificamente comentados para os adultos*", há que ressaltar que **a mensagem publicitária aqui tratada deve ser entendida do ponto de vista do consumidor principal, que são as crianças, sobre as quais os bichinhos configuram um incentivo ao consumo desregrado.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Não há dúvidas de que a publicidade da promoção é direcionada eminentemente ao público infantil e que o seu grande atrativo é justamente a venda do "Kit Habib's", atribuindo-se 16 (dezesesseis) diferentes versões de bichinhos. E aí reside a sua abusividade porquanto se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo.

É certo que as crianças são fracas em face das fortes e calculadas práticas comerciais, como a aqui tratada, e que tais promoções como a do "Kit Habibs" magnetizam as crianças em virtude dos brinquedos ou quaisquer outros produtos "encantadores" e as induzem ao consumo e, cada vez mais, são intrusivas no âmbito íntimo das relações familiares.

De acordo com a Lei nº 8.069/90, é considerada criança a pessoa de até 12 (doze) anos de idade incompletos²².

Por conta da peculiaridade de ser pessoa em formação, a criança é incapaz para praticar os atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda²³.

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.

Nesse sentido, ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁴:

²² "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."

²³ "Art. 3º (do Código Civil). São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; (...)."

²⁴ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 343-344.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

*“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.**” (grifamos)*

Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo *marketing*. De fato, existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior, demonstrando que **a criança não tem condições de entender as mensagens publicitárias que lhe são dirigidas, por não conseguir distingui-las da programação na qual estão inseridas nem, tampouco, se defender do seu caráter persuasivo.**

É o que explica Noemi Friske Momberger²⁵:

“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.”

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 Consumidor²⁶, 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.

²⁵ A publicidade dirigida às crianças e adolescentes - Regulamentações e restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.

²⁶ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal”.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Sendo o público-alvo infantil, **a verdadeira razão da compra dos kits acaba sendo a vontade das crianças em obterem os brinquedos, ou seja, os 16 (dezesseis) bichinhos distribuídos a título de brinde.**

Não fosse assim, toda a estratégia de *marketing* não teria sido desenvolvida de forma a se dirigir ao público infantil, mas somente aos adultos, até mesmo porque a escolha dos alimentos consumidos pelas crianças cabe aos pais ou responsáveis, e não a elas próprias.

Assim, a publicidade, para não ser abusiva, deve ser dirigida a quem decide a compra, e não a quem a influencia.

De fato, **o objetivo da publicidade era criar nas crianças o desejo de obterem os bichinhos**, o que facilmente se denota da observação das peças publicitárias e principalmente, no comercial veiculado em mídia televisiva. **Em momento algum, nota-se a preocupação da autora em promover a leitura, conforme alega insistentemente a defesa. A existência dos aludidos livros sequer é mencionada no comercial televisivo.**

A esse respeito, afirma Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁷:

“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)

Como se pode notar, o próprio mercado publicitário reconhece que o uso de imperativo de compra direcionado para crianças gera nelas o sentimento de que devem cumpri-lo bem como a angústia na hipótese de não conseguirem o que querem.

²⁷ 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

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 adquirirem os brindes.

Dos comentários tecidos pelo CONAR acerca dos roteiros do anúncio da campanha e juntado pela defesa às fls. 331 dos autos do processo administrativo, **o próprio órgão de autorregulamentação demonstra preocupação em descaracterizar a abusividade da campanha publicitária.**

Sinteticamente, o mencionado órgão sugeriu à autora que substituísse a expressão "eu quero um!" para "eu tenho um", a fim que não se interpretasse de que seria um apelo direto de consumo.

Porém, a simples substituição da frase não deixou de configurar apelo ao consumo, apenas o suavizou, ou, se quisermos usarmos a expressão do CONAR, apenas o transformou em um apelo indireto.

Os comentários prosseguem no sentido de que "deve haver cuidado de não estimular diretamente a aquisição de diversas quantidades do kit", sugerindo-se a alteração da frase "São 16 bichinhos para seu filho brincar", de modo que a autora alterou a vinheta para "São diversos bichinhos..."; contudo, tal alteração não descaracterizou a verdadeira intenção, que é a de *estímulo a aquisição de diversas quantidades do kit anunciado*.

Como se não bastasse, a publicidade da Promoção "Que bicho é este?" ainda estimula o consumo de alimentos não-saudáveis, isto porque ricos em carboidratos (batata, massa) e fritos (batata-frita), o que pode acarretar um consumo de calorias exagerado pela criança ou mesmo por sua família, contribuindo, ao final, para o excesso de peso e os problemas dele decorrentes, como ortopédicos, reumatológicos e psicológicos (ansiedade, distúrbios alimentares, depressão e isolamento social). Se a obesidade ocorrer na infância, pode ainda provocar problemas



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

cardíacos, hipertensão e diabetes na fase adulta²⁸.

Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network* (Pesquisa CN.com.br), dentre várias outras constatações, concluiu que “o mais fácil de pedir e conseguir” é justamente o produto alimentício. De fato, 56% (cinquenta e seis por cento) disseram que comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem “conseguidos” pelas crianças quando pedem aos adultos.

É o fator amolação.

Tanto pedem e insistem que os pais, impotentes, vêm-se obrigados a satisfazer seus desejos, mesmo que a satisfação nada traga de importante para seu desenvolvimento.

Outra pesquisa realizada pelo canal de televisão também especializado em programação infantil *Nickelodeon* (*Nickelodeon Business Solution Research*) apresenta semelhante resultado, colocando os alimentos infantis, balas e doces, alimentos em geral e *fast foods* como alguns dos produtos a respeito dos quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo, inclusive, as suas marcas (fl. 129/202).

Comprovou-se, ainda, na pesquisa do *Nickelodeon*, que **os anunciantes fazem campanhas lúdicas e divertidas, exatamente como a publicidade em questão, com o objetivo de “prender a atenção delas”.**

E, como alerta a pesquisa, “um bom personagem comunica mais que mil palavras”, que é o caso da mascote da campanha.

E, por fim, essa pesquisa chega à conclusão que a “criança é uma esponja”, por absorver tudo o que vê e ouve por meio da publicidade.

²⁸ Disponível em: <<http://www.idec.org.br/emacao.asp?id=1451>>. Acesso em: 11/06/2008.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Essa é a razão para o “bombardeio” de publicidades de produtos alimentícios dirigidas às crianças, com conteúdo apelativo, que as induzem a querer comer ou simplesmente independentemente da qualidade do alimento.

Estudos ainda comprovam que a obesidade é maior entre as crianças que assistem à televisão. É o que afirma a psicóloga Susan Linn²⁹:

“Nos últimos 20 anos, os estudos dos pesquisadores descobriram o seguinte: a incidência de obesidade é maior entre as crianças que assistem à televisão por quatro horas ou mais diariamente, e menor entre as crianças que assistem por uma hora ou menos. As crianças em idade pré-escolar que possuem televisores em seus quartos têm maior propensão a problemas de peso do que as que não possuem. Mais de 60% da incidência de peso elevado em crianças entre 10 e 15 anos pode ser causada pelo excesso de exposição à televisão. Entre os adolescentes, a incidência de obesidade aumenta 2% para cada hora adicional de exposição à televisão. Para muitas crianças, a redução do tempo em frente à televisão reduz o peso.”

A prática também é proibida pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação do CONAR, que, em seu Anexo H, item 1, dispõe que:

*“1. Disposições Gerais - Além de atender aos preceitos gerais deste Código, os anúncios de produtos submetidos a este Anexo deverão: (...) d. **abster-se de encorajar ou relevar o consumo excessivo nem apresentar situações que incentivem o consumo exagerado ou conflitem com esta recomendação.**” (grifos nossos)*

Importante destacar que a autora pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda dos seus produtos (ou para escoar a produção dos produtos relacionados para a promoção). O que ela não pode é se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança como meio para conseguir o seu objetivo.

Porém, o aumento dos lucros não é - ou não deveria ser - um fim único. Ele está vinculado a outro maior, que é o interesse da coletividade em receber informação acerca dos diferentes produtos e serviços colocados no mercado de forma a exercer livre e conscientemente sua opção de consumo.

²⁹ Crianças do Consumo - A Infância Roubada, São Paulo, Instituto Alana, 2006, p. 128.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

O próprio setor empresarial tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à criança. 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)*³⁰.

Na cidade de San Francisco, Estado da Califórnia (E.U.A.), foi aprovada recentemente lei que impede a venda de alimentos associada a brinquedos em que a refeição não atenda a certos parâmetros nutritivos. Em Santa Clara, outra cidade californiana, também seguiu decisão semelhante.

A publicidade de alimentos não-saudáveis dirigida às crianças, inclusive, é o foco da ação mundial lançada no dia 15 de março de 2008 pela *Consumers International*, organização que reúne 220 entidades de defesa do consumidor em 115 países, incluído o Brasil.

A campanha, intitulada *Junk Food Generation* (Geração da Comida Não-Saudável), tem como base a análise de peças publicitárias e alimentos para crianças. Os critérios para a seleção foram os mesmos em todos os países: alimentos com altos níveis de açúcar, gorduras ou sal (segundo parâmetros da *Food Standards Agency* do Reino Unido); produzidos ou distribuídos por alguma das multinacionais Nestlé, Pepsico, Coca-Cola, Mars, Kellog's, Yum, McDonald's e Burger King; e que utilizam estratégias de comunicação dirigidas às crianças. A campanha pretende, em nível mundial, acabar com o *marketing* da chamada *junk food*³².

³⁰ Conforme notícia publicada no jornal Valor Econômico, Tendências & Consumo, de 20.05.2008, sob o título "Coca e Pepsi deixarão de anunciar para crianças".

³¹ Notícia publicada no jornal Folha de São Paulo, na versão eletrônica Folha.com, em 15.12.2010, sob o título "Cidades dos EUA proíbem venda de Mc Lanche Feliz" (<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/845990-cidades-dos-eua-proibem-venda-de-mc-lanche-feliz.shtml>).

³² Conforme notícia publicada no jornal Folha de S. Paulo, Vitrine, de 15.03.2008, sob o título "Alvo Fácil".



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

No tocante à aprovação da publicidade ora questionada pelo CONAR, cabe tecermos algumas considerações:

O CONAR, Conselho de Autorregulamentação Publicitária, é um órgão colegiado criado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação para exercer o controle privado da publicidade no país³³, aplicando as regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação 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 devam 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.

Assim, a Administração Pública, 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.

O CONAR já decidiu que há abusividade em publicidades semelhantes a que ora se analisa.

³³ 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Como exemplo, citamos a Representação nº 205/07, sobre a promoção “É hora de Shrek”, relativa aos produtos alimentícios da linha “Gulosos” da marca Bauducco, em que o anúncio utilizava criança para vocalizar apelo ao consumo, no sentido de que bastava juntar 5 (cinco) embalagens de qualquer desses produtos, acrescidas de R\$ 5,00 (cinco reais), para trocar por um dos 4 (quatro) modelos diferentes de relógios exclusivos do filme “Shrek Terceiro”.

Neste caso, bem semelhante ao que aqui se discute, o CONAR entendeu que houve estímulo ao consumo excessivo, concedendo liminar para suspender a publicidade e, ao final, determinando sua sustação definitiva. Vejamos trecho do resumo do acórdão, julgado em setembro de 2007³⁴:

*“(...) Ao analisar a questão, o relator observou que as mensagens têm que ser entendidas do ponto de vista do consumidor principal, a criança, e que a **exploração de elementos como crianças com os braços cheios de relógio e a narração 'são quatro modelos, colecionador' configura incentivo ao consumo excessivo. Por isso, recomendou a sustação definitiva da peça, aceita por maioria de votos.**” (grifos nossos)*

Vale transcrever, ainda, as palavras do Presidente do CONAR Gilberto Leifert que, em audiência pública realizada no dia 30/08/2007, na Câmara dos Deputados³⁵, manifestou-se no sentido de que nenhuma mensagem publicitária deve ser dirigida às crianças:

*“(...) Prosseguindo, a autorregulamentação faz a distinção entre produto, consumo e publicidade. Estamos hoje aqui para discutir a **vulnerabilidade da publicidade em relação aos menores.** Nesse sentido, **já concordamos que a mensagem não será dirigida aos menores. Eles não são destinatários da publicidade no Brasil.** Esse é o avanço incorporado pela autorregulamentação em 2006, e consideramos que de forma bastante satisfatória essa providência concorrerá para a formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. (...)” (grifamos)*

O cuidado com a publicidade de produtos exigiu uma atenção especial também do CONAR, o qual corrobora o amparo legal do Código de Defesa do Consumidor e, recomenda que a comunicação de produtos dirigidos a crianças e adolescentes **respeite sua menor capacidade de discernimento.**

³⁴ Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 18 de junho de 2008.

³⁵ Audiência Pública nº 1388/07 realizada na Câmara dos Deputados, no dia 30/08/2007.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

A discussão sobre o assunto culminou com a edição da Resolução 163/14 que proíbe a publicidade voltada à crianças e adolescentes. (doc. 06)

Vale acrescentar, a título de complementação, que nem se poderia alegar que o público alvo seria os pais, ao passo que os anunciantes devem atentar às formas de transmitir sua mensagem, sempre lembrando que apesar de haver um alvo, outros, também, podem vir a ter acesso à publicidade.

A adoção de métodos de informação publicitária que transmitam idéia diversa da realidade, certamente produz conseqüências, conforme ensinamento doutrinário a seguir:

*“Na nova concepção a publicidade deixa a periferia do fenômeno jurídico e passa a integrar o privilegiado grupo dos institutos capazes de por em marcha a roda da responsabilidade, não só civil, mas também penal e administrativa”.*³⁶

A publicidade prepara e condiciona o terreno psicológico dentro do qual será desenvolvida a relação jurídica de consumo, daí o seu caráter dito persuasivo. Nesse meandro, é que a lei pretende evitar que a informação ou publicidade sedutora não seja apenas um veículo para atrair clientes a adquirir o produto ofertado, utilizando-se de táticas publicitárias que aproveitem de deficiências de julgamento ou experiência da criança.

Aqui, temos uma oferta realizada por meio de publicidade e como tal deve respeitar os requisitos que a legislação consumerista impõe para esta.

A proteção constitucional ao consumidor veda as práticas comerciais privadas destinadas a exercer excessiva influência sobre as escolhas do consumidor e, ao direcionar as práticas comerciais às crianças, a autora atua de forma a influenciar gravemente o comportamento do consumidor infantil.

³⁶ “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 217. (grifos nossos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

São agressivos os métodos de venda e promoção que fazem a criança adotar determinado hábito alimentar - que tende, inclusive, a se manter por toda sua vida - pela transferência da decisão alimentar para âmbito estranho ao do alimento a ser consumido, assim através da aquisição associada de brinquedos ou objetos que magnetizam a atração do consumidor infantil; e, considerando que são pessoas ainda em desenvolvimento, as crianças têm limitada capacidade de entendimento sobre o intento persuasivo das promoções de vendas a elas dirigidas.

Promoções de venda agressivamente dirigidas às crianças e aproveitadoras da transferência para a decisão de consumo de alimentos das características dos brinquedos, abusam das limitadas, por ainda não amadurecidas, capacidades cognitivas das crianças.

E assim, como no caso em tela, ao induzirem desejos e criar disposições nas crianças, as práticas dos fornecedores induzem também tensões potenciais no ambiente familiar ao transferir para os pais um papel negativo de recusa, de negação da alegria prometida pela promoção.

Não pode, pois, o fornecedor valer-se de técnicas de confusão, de embaraço ou constrangimento, de excitação ou meios apelativos para impulsos, emoções infantis, desejos ou ansiedades das crianças; **para incrementar suas vendas**, isto é, associa-se '**COMIDA - BRINQUEDO - DIVERSÃO**' para atrair crianças a consumirem os aludidos kits.

No mesmo fluxo, expôs a representante da Agência Nacional de Defesa da Infância – ANDI [REDACTED], Isabela Vieira Machado Henriques, em debate na Audiência Pública nº 1388/07 sobre publicidade infantil: “**a publicidade voltada ao público infantil é intrinsecamente abusiva**. E tal ocorre porque, para a publicidade consiga vender e fazer com que a criança seja convencida de que aquele

[REDACTED] Isabela Vieira Machado Henriques – Coordenadora do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. Audiência Pública nº1388/07 de 30/08/2007. Texto taquigrafado pelo Departamento de Taquigrafia e redação da Câmara dos Deputados.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

produto ou serviço é bom, convencê-la a querer aquele produto, ela **se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança**". (g.n).

Acrescentou a Sra. Isabela, citando a publicitária Magy Imoberdorf: **"As maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda"**. (g.n).

Por sua vez, no mesmo evento, considerou a presidenta da sessão, a deputada Maria do Carmo Lara:

"Devido aos efeitos que a publicidade causa na mentalidade das crianças, os pesquisadores dos Estados Unidos defendem que a publicidade deve ser restringida e proibida. De acordo com os pesquisadores, a política fundamental gira em torno da Justiça. Eles lançam as seguintes questões:

É justo permitir que o público infantil seja alvo dos anunciantes?

É justo permitir que a publicidade seja dirigida ilimitadamente às crianças, ou seja apropriado impor alguns limites?

Exige a Justiça uma proteção especial para restringir certos tipos de estratégias de publicidade dirigida às crianças?

Afirmam ainda os pesquisadores que, para que a publicidade dirigida à criança não seja considerada abusiva, a criança deve possuir 2 chaves de conhecimentos ou de habilidades. A primeira é que ela deve ser capaz de distinguir razoavelmente entre um programa e um comercial. Se a criança não consegue estabelecer essa diferença, toda e qualquer publicidade é considerada abusiva. A segunda é que ela deve ser capaz de reconhecer a intenção persuasiva dos anunciantes, dos fabricantes e das emissoras de televisão para vender o produto com objetivo final de lucro. Se a criança não possui esse discernimento, toda e qualquer publicidade é abusiva e deve ser proibida." (g.n).

Desse modo, patente a infração ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

5 – DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Aduz, a autora, que houve violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, vez que lhe foi imposta multa antes mesmo da apresentação de sua defesa no processo administrativo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Não lhe assiste razão.

O cálculo, apresentado a fls. 239 do processo administrativo é uma simples estimativa da pena base que poderia ser imposta à autora após a regular instrução do processo.

A pena somente foi fixada após a apresentação da defesa de fls. 256/434, pela decisão de fls. 523, que teve como fundamento a manifestação técnica proferida a fls. 497/520, aprovada pela assessoria jurídica da ré, exercida por Procuradores do Estado, não vinculados hierarquicamente ao órgão de defesa do consumidor. Portanto, a alegação sé vem demonstrar o desconhecimento da autora sobre a tramitação do processo administrativo.

Por outro lado, a lavratura do auto de infração obedeceu aos ditames legais, vez que falece à administração a discussão sobre a conveniência ou não de apurar as infrações praticadas contra os consumidores.

Praticada a conduta, nasce para o agente o poder/dever de agir, para coibir as condutas lesivas aos direitos elencados no Código de Defesa do Consumidor.

Vejamos o texto legal:

“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...)”. (g. N.)

De forma a corroborar a determinação do artigo acima referido, descreve a Portaria Normativa Procon nº 26, em seu artigo 2º, o seguinte:

“Art. 2º – Verificados os indícios de ocorrência de infração às normas de proteção e defesa do consumidor será lavrado auto de infração e instaurado o procedimento administrativo sancionatório”. (g. n.)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Desta feita, basta que o agente fiscal averigüe a ocorrência de uma prática contrária à Lei 8.078/90, para que emergja ao Estado o dever de punir (*jus puniendi*).

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “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”.³⁸

Assim, comprovada a infração ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90, presente a motivação do ato administrativo praticado pela ré e demonstrada a observância de todos os princípios que regem os atos praticados pela administração pública, preservado o direito ao contraditório e à ampla defesa da autos, nada maculou o processo de vício que possa levar à sua anulação, sendo as alegações mera manifestação de irresignação com a penalidade aplicada, sem qualquer fundamentação legal.

6 – DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, À LIVRE INICIATIVA, À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA

Elenca a autora toda uma série de princípios constitucionais que, a seu ver, foram violados pela ré ao lhe impor a penalidade por infração cometida contra direito de consumidores, dando a impressão de que toda a atividade desenvolvida pela Instituição Procon está ao arrepio das leis e da Constituição Federal.

Porém, em momento algum de sua explanação, apresenta as razões que fundamentam a alegação.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro. 30 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 134. (grifos nossos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Embora a Constituição Federal consagre o direito á livre iniciativa, estabelece em seu artigo 170, inciso V, a observância dos direitos dos consumidores³⁹. Assim sendo, a soma desses dispositivos possui o efeito de legitimar **todas as medidas de intervenção estatal necessárias para assegurar a proteção do consumidor, sem que tal fato viole o direito à livre iniciativa**, e a leitura do dispositivo citado deve ser feita de em conjunto com as demais regras que regem o assunto.

Não é porque o empresário tem direito á livre iniciativa que ele não se sujeita aos demais princípios estabelecidos na Carta Magna, no presente caso, o respeito aos direitos dos consumidores. O comércio não pode, a pretexto de preservar a livre iniciativa do empresário, transformar-se numa selva sem lei, onde impera a lei do mais forte em detrimento dos consumidores, elo mais fraco da relação comercial.

E foi para preservar esses direitos, reiteradamente violados, que o Código de Defesa do Consumidor foi editado, restituindo o equilíbrio onde antes imperava a lei do mais forte.

O mesmo se diga dos demais princípios que a autora entende por violados pela atividade fiscalizatória da ré.

Assim, as alegações, não fundamentadas, não podem ser levadas em consideração.

³⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

7 - FUNDAMENTO JURÍDICO DA PENALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA PROCON Nº 26/06.

Por primeiro, necessário esclarecer que a respeito da legalidade das portarias editadas pela ré, já houve pronunciamento expresso do Tribunal de Justiça, por meio do Órgão Especial, no julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, que decidiu, por unanimidade, que elas são válidas e legais, corroborando mais de uma centena de acórdão sobre o tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita:

CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Argüição 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 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. Argüição rejeitada.

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

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

O dispositivo estabelece duas importantes regras: uma de *competência* para a imposição de penalidades e outra de *finalidade*, já que a punição de condutas infrativas busca persuadir o fornecedor a cumprir os comandos de ordem pública prescritos no Código de Defesa do Consumidor e, por ele não obedecidos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Em virtude do princípio da legalidade estrita, tais penalidades e seus limites qualitativos devem ser fixados por Lei.

Esta tarefa é cumprida pelo Código de Defesa do Consumidor ao descrever, no art. 56, as penalidades aplicáveis. E no art. 57, cuida de estabelecer os critérios de fixação da pena de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor), bem como, seu valor mínimo e máximo: 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. 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 n.º 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 tornou público todos os critérios por ela utilizados para definir e quantificar do que vem a ser infração grave, vantagem auferida e poderio econômico do infrator.

A regulação por Portaria, que tem lastro na competência concorrente do Estado para regulamentar relações de consumo contemplada pelo art. 55, da Lei n.º 8.078/90, não criou direitos nem obrigações.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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.

Não há, portanto, violação ao princípio da legalidade.

O 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 Denari⁴⁰, 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.

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

Sem dúvida, é esse o caso dos autos, já que a Fundação PROCON, por meio da Portaria nº 26/06 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 artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

⁴⁰ “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto”. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 559.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

7. 1 - ANÁLISE DO CASO CONCRETO - DA MULTA APLICADA À AUTORA.

No caso em tela, à autora, foi imposta multa administrativa, com a incidência da circunstância atenuante da primariedade e da agravante por ter a infração sido cometida em detrimento de menor de 18 anos, consoante se pode inferir da decisão administrativa condenatória proferida em “1ª instância” (fls. 523 do processo administrativo), mantendo-se, portanto, o valor da pena base.

O valor levou em consideração, apenas, seu porte econômico e a gravidade da infração, já que sob a rubrica *vantagem auferida* não houve acréscimo algum à multa, favorecendo, destarte, o fornecedor, conforme se infere do demonstrativo de cálculo acostado às fls. 331 processo administrativo.

Considerando o grande porte econômico da autora, empresa de grande projeção nacional, 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.

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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

7.2 - DA FORMA DE APURAÇÃO DO PORTE ECONÔMICO

A Portaria nº 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.

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.

E a Portaria nº 26/06 estabeleceu a possibilidade do infrator comprovar sua receita mensal média, através de documento hábil.

Nota-se pelas cópias do processo administrativo que a autora, em todas as oportunidades que teve para se manifestar não impugnou o valor estimado, razão pela qual, não restou à ré outra alternativa que a de manter a estimativa da receita.

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

7.3 - GRAVIDADE DA INFRAÇÃO E VANTAGEM AUFERIDA.

A gravidade da infração cometida pela autora é evidente.

Desrespeitou em diversas oportunidades os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, notadamente se levar-se em consideração que a propaganda, por ser dirigida a menores de idade, tem elevado potencial lesivo.

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

A gradação da gravidade, por sua vez, seguiu os critérios prescritos na Portaria nº 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, haja vista o largo potencial ofensivo das condutas objeto da punição administrativa.

Quanto à vantagem auferida pelo fornecedor, é certo que nenhum acréscimo à penalidade houve com base nesse motivo (vide expressão “vantagem não apurada” no demonstrativo de arbitramento da multa – fls. 239, dos autos do processo administrativo).

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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 n.º 8.078/90.

Se aceito o argumento, teríamos que forçosa e desarrazoadamente concluir que, em casos como os de falta pura e simples de indicação de preço nas mercadorias, 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.

7.4 - INEXISTÊNCIA DE ARBITRARIEDADE E 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 acima do patamar mínimo legal é justa e escorreita e decorre de flagrante afronta ao comando do artigo 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 nº 9.192/95, dentro das normas regulamentares impostas pela Portaria n.º 26/06 e, dos limites qualitativos e quantitativos previstos nos artigos 56 e 57, do Código de Defesa do Consumidor, no exercício da sua discricionariedade.

Não fere ela 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 de demovê-lo da reiteração da prática infrativa e educá-lo no sentido de que as regras de ordem pública prescritas na Lei n.º 8.078/90, devem ser respeitadas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

O valor da multa por sua vez, equivale a cerca de **0,03%** da receita mensal estimada – e não impugnada pela autora. Fácil perceber, portanto, que a alegação de falta de razoabilidade e proporcionalidade não se justifica.

Por outro lado, eventual redução ou não aplicação da multa contrariará não só os artigos 56, inciso I, e 57, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 como, também, extrapolará o limite imposto pelo artigo 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.

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

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

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

6 - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência da infração ao artigo 37, § 2º, a legalidade dos critérios utilizados pela ré para o arbitramento da multa que foi imposta e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao porte econômico da autora, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão, requer a total improcedência da ação, condenando-se a autora nos consectários da sucumbência.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

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

Requer, ainda, sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores do Estado **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**, OAB/SP 106.081; **ADRIANO PUGLIESI LEITE**; OAB/SP 172.844; e **TATIANA DE FARIA BERNARDI**, OAB/SP 166.623.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, sexta-feira, 20 de junho de 2014

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP N° 106.081