



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO.

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº. 1010889-46.2014.8.26.0053

REQUERENTE: MATTEL DO BRASIL LTDA

REQUERIDO: PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pela Procuradora do Estado subscritora, nos autos da ação em epígrafe proposta por MATTEL DO BRASIL LTDA, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa, interpor recurso de APELAÇÃO, requerendo seu recebimento nos efeitos legais e remessa ao E. Tribunal "ad quem" para apreciação.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

TATIANA DE FARIA BERNARDI

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 166.623



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Apelante: Fundação Procon/SP.

Apelada: Mattel do Brasil Ltda.

Razões de apelação.

Egrégio Tribunal,  
Eméritos Julgadores!

I – Síntese:

Cuidam os autos de ação anulatória de auto de infração (AIM n.º4861, PA n.º 1268/10), lavrado por infração ao artigo 37, § 2º do CDC, materializada pela veiculação de publicidade dirigida ao público infantil prevalecendo-se do menor discernimento da criança para incutir o desejo de aquisição dos produtos e estimular comportamentos em desconformidade com sua faixa etária.

O conhecimento da conduta chegou à Apelante por representação de ONG ligada à proteção infantil, a partir do que foi feita a análise do material publicitário, concluindo-se pela prática da conduta, ensejando a lavratura do auto de infração.

A ação anulatória foi julgada procedente.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Para assim decidir, considerou o MM. Magistrado sentenciante que a análise do material publicitário não demonstra abuso e que as propagandas não são capazes de induzir comportamentos prejudiciais ou perigosos às crianças.

Ponderou, ainda, que a decisão de compra dos produtos cabe aos adultos responsáveis pelas crianças e que por isso a publicidade não se aproveitou da deficiência de julgamento dos menores.

A r. Sentença merece reforma.

Quanto ao mérito recursal.

II – Considerações sobre a publicidade dirigida ao público infantil e sua disciplina legal.

Conquanto tenha entendido o D. Magistrado "a quo" que a decisão de compra pertence aos adultos, e que por isso a publicidade não se aproveita do pouco discernimento infantil, o lei Brasileira impôs parâmetros para a publicidade infantil, em razão do reconhecimento do impacto por ela causado.

Portanto, a criança merece proteção especial do ordenamento jurídico.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

A proteção da criança e do adolescente está prevista, genericamente, no artigo 227, caput, da CF/88<sup>1</sup>, e de forma específica nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 ddo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No tocante a publicidade dirigida ao público infantil o artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, considerando-a abusiva<sup>2</sup>.

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, na maioria das vezes, ela nem identifica como tal.

É o que explica Noemi Friske Momberger<sup>3</sup>:

“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

<sup>1</sup> “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.”

<sup>2</sup> “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.”

<sup>3</sup> 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**

adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento.”

No mesmo sentido:

“As crianças e os jovens são muito vulneráveis à publicidade porque não têm formada ainda uma mentalidade crítica e nem a capacidade de discernir a verdadeira mensagem que a publicidade está transmitindo. Ao mesmo tempo o público infantil e jovem aumenta e representa cada vez mais uma importante fatia do mercado de consumo. O interesse empresarial nesses consumidores aumente em equivalência ao poder de compra dos mesmos e assim, novas técnicas para com eles se comunicar são desenvolvidas baseadas em pesquisas e métodos de investigação.

No Brasil o grande número de publicidade destinada às crianças de até 14 anos demonstra a acirrada concorrência das empresas pela conquista desse mercado que já representa 40% da população brasileira. E nos Estados Unidos, anualmente, 30 mil campanhas publicitárias são lançadas na conquista desse público.” (O dano moral coletivo na publicidade dirigida a menores, Igor Rodrigues Britto)

Tramita na Câmara dos Deputados, inclusive, o Projeto de Lei 5921/01 que acrescenta ao artigo 37, o § 2º, proibindo toda publicidade destinada ao público infantil.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

No Direito comparado, a atividade de regular e fiscalizar a publicidade que envolve os menores varia de acordo com a cultura de consumo e com o grau de envolvimento com o mercado de consumo de cada país.

Porém, há unanimidade na afirmação de que o menor merece uma consideração especial nesse tema, o que se conclui da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (JHUALLY, 1990, p. 46), ao estabelecer que ele deve ser "livre de exploração prejudicial a qualquer aspecto do seu bem-estar" e nos projetos político-legislativos da União Européia (anexo V)

O que importa no presente momento é a verificação de que as normas internacionais reconhecem como premissa inicial de seu controle que a publicidade é ilícita quando se aproveita da inexperiência e da credulidade da criança:

- Suécia e Noruega proíbem qualquer anúncio comercial destinado a menores de 12 anos (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.65).
- Portugal: devem ser observadas a "não exploração da credulidade dos menores" (SIMÃO JOSÉ, p. 115).
- Inglaterra: o público consumidor menor de 15 anos é merecedor de proteção especial (OFCOM, 2009);
- Província de Quebec: proibida a publicidade para menores de 12 anos (Quebec Consumer Protection Act – MOMBERGER, 2002, p. 86).
- Canadá: controle da publicidade para menores de 12 anos por um sistema misto, em que as entidades públicas se guiam pelas regras implementadas pelas entidades de auto-regulamentação.
- Alemanha: os programas infantis não podem ser interrompidos por publicidade.
- Dinamarca: proibida a inserção de anúncios publicitários cinco minutos antes e depois de programas infantis (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 64-66)

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



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

É induscutível o impacto da publicidades sobre o público infantil e sobre a decisão de compra das famílias. Se assim não fosse, os fornecedores não investiriam em recursos de imagem, promoções e inovações destinadas a este público.

Ora, se a lógica é tão simplista – quem decide são os adultos, por quê veicular uma propaganda com forte conteúdo apelativo destinado à criança?

Em consonância com a proteção integral da criança determinada pela Constituição Federal, em 04.04.2014, foi publicada a Resolução n.º 163/14, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o CONANDA.

A Resolução dispõe sobre a abusividade do direcionamento da publicidade e comunicação mercadológica à criança e adolescente.

A Resolução está em harmonia com o princípio da proteção integral inserto no artigo 227 da CF, com o Estatuto da Criança e Adolescente, em especial, com a determinação legal de respeito à condição peculiar de ser em desenvolvimento físico e psíquico (arts. 4º, 5º, 6º, 17º e 18º).

No sistema do Código de Proteção ao Consumidor, cujas normas são de caráter principiológico e de ordem pública, dois artigos merecem destaque: o artigo 39, V, que veda ao fornecedor prevalecer-se da ignorância do consumidor – no caso, ditada pela pouca idade; e o artigo 37, § 2º, que considera abusiva toda publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Conclui-se, dessa forma, que a abusividade da publicidade que se vale da inocência do público infantil para incutir desejos e comportamentos, já estava prevista pelo CDC. A Resolução do CONANDA, em harmonia com a preocupação do legislador pátrio com a criança, representa importante instrumento de complementação do conceito de comunicação abusiva.

Ainda quanto à Resolução, o Ministério Público Federal, pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do Estado de São Paulo, exarou a Nota Técnica 02/2014, na mesma linha de raciocínio, concluiu que a preocupação do legislador com a criança e a publicidade está inserida no artigo 37 do CDC, citando a lição da doutrina, nas palavras de Herman Benjamin:

"O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários (...). O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva criança como uma daquelas a merecer a atenção especial.

É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência então), que alguns parâmetros especiais devem ser traçados. 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





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

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."

No plano jurídico, o controle das agressivas estratégias de marketing dirigidas às crianças decorre, dessa forma, do mandamento constitucional, de norma de ordem pública e interesse social – CDC, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de regramento do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, estando em consonância com uma preocupação e um cuidado mundial.

No plano coletivo, trata-se, a um só tempo, desejo e necessidade social.

Nesse cenário, aguarda-se que essa Colenda Câmara Julgadora reconheça que a publicidade descrita no auto de infração afastou-se das balizas legais, merecendo a autuação e, por consequência, reforme a r. Sentença.

<p>III – A infração ao artigo 37, § 2º do CDC:</p>
--

A apelada veiculou comerciais televisivos dirigidos à criança, com forte mensagem subliminar, comutando entre realidade e fantasia sem qualquer distinção, aproveitando-se da natural ingenuidade e credulidade do público infantil para expor valores inadequados à faixa etária alvo dos produtos, induzindo a criança a comportar-se precocemente como adolescentes.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Os comerciais divulgaram os produtos abaixo especificados, todos recomendados pelo Autor para a faixa etária a partir de 3 anos de idade: Barbie quero ser Estilista, Barbie Ultra Glam, Barbie Salão de Beleza e Barbie Três Mosqueteiras.

As linhas também foram divulgadas no site da apelada ([www.barbie.com.br](http://www.barbie.com.br)), integrando-se a mídia televisiva e a internet, atingindo um maior número de crianças.

As situações expostas no comercial e no site induzem as crianças a comportamentos além da faixa etária própria do produto: preocupação com moda e beleza, compras em shopping, saída para baladas, estilo e tendências.

O site utiliza frases com forte persuasivo e fora do comportamento médio da faixa etária infantil, tais como:

- "- Os dez melhores segredos de beleza;
- Visuais sofisticados que arrasam na escola;
- Como conversar com os gatinhos mais interessantes;
- Qual é o namorado de seu sonhos?
- 20 maneiras de agitar geral!"



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Cada linha de bonecas, igualmente, repete o estímulo à adoção de padrões de beleza e comportamento adulto, como por exemplo, a frase "Uma estrela arrasa no visual" (Barbie Ultra Glam).

Foram empregados imperativos, tais como "faça compras", "crie roupas". Nas páginas do site impressas pelo agente fiscal constam ainda as frases "Barbie permitiu que eu tivesse meu próprio espaço" (fls. 509 do PA) ou "A Barbie faz tudo e deixa minhas filhas fazerem o que quiserem" (fls. 511).

Há uma evidente personificação da personagem "Barbie", impondo à criança a ideia de que agir como a Barbie a legitimará a certos comportamentos, valores e estilos de vida, com precoce inserção no mundo adulto, em evidente descompasso com o sistema de proteção do menor em formação.

A estratégia mercadológica de marketing da linha Barbie apontada compromete o desenvolvimento infantil, induzindo precocemente um comportamento adulto.

A preocupação com tais estímulos, que representam uma forma de violência psicológica com o ser em formação, foi incluída como um dos princípios gerais aplicados à publicidade, pelo artigo 3º, II da Resolução 163/14 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente):

Art. 3º. São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Criança e do Adolescente, e na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes:

II – atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Os instrumentos normativos citados, agora com o acréscimo da recente Resolução, evidenciam a proteção diferenciada dedicada pelo Estado à criança, assegurada pela Constituição Federal com prioridade absoluta.

No mesmo sentido da proteção jurídica é o entendimento dos especialistas em psicologia. Vale transcrever o parecer<sup>4</sup> feito ao Conselho Federal de Psicologia, pelo Professor Yves de La Taille, titular da Universidade de São Paulo, acerca do tema:

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

Nesse contexto, a autuação foi lavrada por infração ao artigo 37, § 2º do CDC, que proíbe a publicidade abusiva, e assim considera aquela que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.

---

<sup>4</sup> Parecer sobre o Projeto de Lei 5921/01, intitulado "A Publicidade dirigida ao público infantil, - considerações psicológicas."



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Assim, ao contrário do sustentado, há proibição legal para o direcionamento da publicidade à criança, que desconhece, e não tem condições de defender-se, de seu caráter persuasivo.

No sistema do CDC, a criança é considerada hipossuficiente e merecedora de proteção diferenciada.

É o que ensina Herman e Benjamin<sup>5</sup>:

"A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).

(...)

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."

E ainda:

"Em consequência, 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)

<sup>5</sup> CDC comentado pelos Autores do anteprojeto – São Paulo – Ed. Forense -p. 292, 300 e 382.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

que alguns parâmetros especiais devem ser traçados."

Vidal Serrano Nunes<sup>6</sup> afirma:

"Tratando-se de publicidade dirigida ao público infantil, quer nos parecer que tal disposição seja irrealizável, já que, exatamente por se tratar de um ser em formação, a criança não possui os predicados sensoriais suficientemente formados para a plena inteligência do que seja a publicidade, de quais os seus objetivos e como dela se proteger."

A análise do material publicitário descrito no auto de infração evidencia que a apelada desbordou de tais balizas, incutindo em crianças de tenra idade (a partir de 3 anos como consta na embalagem do produto), comportamentos relacionados à moda e tendências, baladas, namoros e estética.

O próprio Conselho de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, por seu Presidente, manifestou preocupação com a publicidade dirigida ao público infantil, em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em 30.08.2007 (audiência pública n.º 1388/07):

"(...) Prosseguindo, a autorregulamentação faz distinção entre produto, consumo e publicidade. Estamos aqui hoje 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 os destinatários da

<sup>6</sup> Nunes, Vidal Serrano Jr. – Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático Brasileiro – Ed. RT – 2008 – p. 845



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

publicidade no Brasil. Esse é o avanço incorporado pela autorregulamentação em 2006, e consideramos de forma bastante satisfatória que essa providência concorrerá para a formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes." (g.n.)

E nesse ponto é bom considerar que a ausência de reclamações de consumidores perante o CONAR não infirma a caracterização da infração. O Conar é um órgão colegiado formado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação para exercer o controle privado da publicidade.

Apesar da independência das atribuições da Fundação Procon e do Conselho, formado por representantes de anunciantes, deve ser levada em consideração a manifestação do órgão sobre a publicidade infantil, acima transcrita, em consonância com a visão mundial sobre o tema.

Finalmente é conveniente destacar que a autuação não foi decorrente da constatação da enganosidade da publicidade, e sim, de abusividade, do exagero na mistura do real e do imaginário, com determinação imperativa de comportamentos.

Diante do exposto, constatada a conduta, resta demonstrar a regularidade da multa, tudo para que seja reformada a r. Sentença e restabelecida a validade do auto de infração combatido.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

IV – Da aplicação da multa:

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.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, as penalidades e seus limites qualitativos são fixados pelo art. 57 do CDC, que estabelece os seguintes critérios para fixação da pena de multa: gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor.

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.

Para dar concreção e transparência aos conceitos abertos contidos no art. 57 da Lei 8.078/90, a Fundação PROCON editou a Portaria n.º 26/06.

Esse Egrégio Tribunal de Justiça, por meio do Órgão Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade





**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

0266701-76.2011.8.26.0000, decidiu, por unanimidade, que as portarias editadas pela requerida são válidas e legais e o art. 57 do CDC é constitucional, corroborando mais de uma centena de acórdão sobre o tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita:

CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts.. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada.

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

Não há que se falar assim, em falta de motivação na quantificação da penalidade, já que se baseou nos critérios públicos estabelecidos pela Lei nº 8078/90 e pela Portaria 26/06.

Resta analisar como foram sopesados tais critérios no caso dos autos.

A pena base foi fixada em R\$ 458.240,00 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais), conforme demonstrativo de fls. 576 dos autos judiciais.

Para fixação da pena base foram considerados, apenas, o porte



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

econômico da apelada e a gravidade da infração. Nada foi acrescido a título de vantagem obtida com a conduta, beneficiando a apelada.

O art. 32, §1º, da Portaria Normativa Procon nº26/06 (com nova redação dada pela Portaria Normativa Procon nº 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.

No caso dos autos, o faturamento da da apelada foi estimado, em face da sua recusa em apresentar quaisquer dos documentos comprobatórios listados no artigo 17 da Portaria:

- I – Guia de informação e apuração de ICMS – GIA;
- II – Declaração de arrecadação do ISS;
- III - Demonstrativo de resultado do exercício – DRE;



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

IV – Declaração de Imposto de Renda;

V – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro Empresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES

Note-se que os documentos são cotidianos para qualquer empresa de grande porte. Assim, sua não apresentação é sintomática, sugerindo que o faturamento real é maior do que o estimado.

A gradação da gravidade da conduta, 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 IV, de maior gravidade.

Quanto à vantagem auferida pelo fornecedor, como dito, nada foi acrescido, beneficiando a apelada.

Ao término da primeira fase da dosimetria da pena pecuniária, incidiram as seguintes circunstâncias atenuantes e agravantes:

- Agravantes (aumento de 1/2 sobre a pena base<sup>7</sup>):

A-) ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de 18 anos;

B-) ter a prática infrativa caráter coletivo, em razão da publicidade atingir um número indeterminado de consumidores.

Atenuantes (redução de 1/3 sobre a pena base<sup>8</sup>):

A-) redução de 1/3 sobre a pena base por primariedade.

<sup>7</sup> Conforme art. 34, II, da Portaria Normativa Procon 26/06, com a nova redação dada pela Portaria 33/09.

<sup>8</sup> Conforme art. 34, I, da Portaria Normativa Procon 26/06, com a nova redação dada pela Portaria 33/09.



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**  
**PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA**  
**CONSUMIDOR**

Aplicadas as agravantes e a atenuante, a pena final resultou em R\$534.613,33 (quinhentos e trinta e quatro mil, seiscentos e treze reais e trinta e três centavos), conforme fls. 698 destes autos.

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.

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

Diante do exposto, demonstra a conduta infratora, assim como, a regularidade da multa aplicada, requer a FUNDAÇÃO PROCON-SP seja dado PROVIMENTO ao presente recurso para julgar improcedente a ação anulatória, invertendo-se as verbas de sucumbência.

São Paulo, 11 de agosto de 2014.

TATIANA DE FARIA BERNARDI  
Procuradora do Estado  
OAB/SP 166.623