Demarest
ADVOGADOS

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

Ação Anulatória
Autos nº 1010889-46.2014.8.26.0053

MATTEL DO BRASIL LTDA. ("**Mattel**"), devidamente qualificada, por seus advogados, nos autos da **Ação Anulatória de Ato Administrativo,** ajuizada em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON - DO ESTADO DE SÃO PAULO ("PROCON"),** vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, em atenção ao r. despacho de fls. 880, com fundamento no artigo 518 do Código de Processo Civil, apresentar suas **CONTRARRAZÕES** ao recurso de apelação de fls. 860/879, pelos motivos de fato e fundamentos de direito articulados nas anexas razões.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA
OAB/SP 157.042

VANESSA ESTEPHAN MALUF
OAB/SP 316.585

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

APELANTE: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON - DO ESTADO DE SÃO PAULO "PROCON"

APELADA: MATTEL DO BRASIL LTDA. "MATTEL"

ORIGEM: PROCESSO Nº 1010889-46.2014.8.26.0053
8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

EGRÉGIO TRIBUNAL,

COLENDA CÂMARA,

EMÉRITOS JULGADORES.

I. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo ajuizada pela Mattel em face do Procon, com vistas a desconstituir o Auto de Infração nº 4861 - Série D7, lavrado pelo Procon, em virtude de denúncia de caráter ideológico formulada pelo "Instituto Alana"[1], onde fora atribuída à Mattel a imaginária - e jamais ocorrida - violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

A denúncia levada à efeito pelo Instituto Alana, diz respeito a suposta abusividade nos comerciais televisivos - prévia e regularmente aprovados pelo Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, o CONAR, - referentes às bonecas "Barbie Ultra Glam", "Barbie Idesign Kit Estilista", "Barbie Salão de Beleza" e "Barbie e As Três Mosqueteiras".

Com base em tal despropositada denúncia - isso para dizer o mínimo - foi lavrado o Auto de Infração nº 4861 - Série D7, o qual culminou na aplicação da absurda e ilegal multa de R$ 534.613,33 (quinhentos e trinta e quatro mil seiscentos e treze reais e trinta e três centavos).

[1]Organização civil de caráter privado.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Diante disso, a Mattel ajuizou a presente Ação Anulatória de Ato Administrativo, visando desconstituir o auto de infração lavrado pelo Procon, o qual desencadeou multa ilegal e abusiva.

Em apertada síntese, na petição inicial a Mattel demonstrou: (i) a possibilidade do controle judicial dos atos administrativos, precipuamente quando o ato administrativo está consagrado por vício de nulidade; (ii) cerceamento de defesa na esfera administrativa, uma vez que o mero recebimento de denúncia formulada pelo Instituto Alana, desencadeou o auto de infração lavrado em face da Mattel, sendo certo que a oportunidade de defesa se deu tão somente em momento posterior.

Sob o ponto de vista meritório, a Mattel demonstrou (i) inexistir na legislação pátria, a proibição da publicidade direcionada ao público infantil; (ii) a inocorrência de violação ao artigo 37, § 2° do CDC, tratando-se apenas de mensagens que exploram o lúdico infantil, sem ofender a honra e a dignidade das crianças, as quais a Mattel veementemente observa no âmbito de suas atividades; (iii) a ilegalidade na imposição da absurda multa pecuniária imposta e a desconsideração injustificada dos documentos apresentados pela Mattel, os quais demonstram o real balanço econômico da empresa.

No mesmo sentido, foi requerida a antecipação dos efeitos da tutela, a qual foi deferida de pronto pelo MM. Juízo *a quo*, o qual vislumbrou de pronto a ilegalidade na multa aplicada e necessária concessão da medida: *"Por outro lado, o alto valor imposto, de quase meio milhão de reais, representa o periculum in mora a ensejar a concessão da tutela. Diante disso, defiro o pedido antecipatório."*

Devidamente citado, o Procon apresentou contestação, na qual alegou basicamente (i) a inocorrência de cerceamento de defesa em esfera administrativa; (ii) considerações sobre a publicidade infantil, especialmente, no direito estrangeiro; (iii) ocorrência de infração ao art. 37, § 2° do CDC e; (iv) regularidade na aplicação da multa.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Ato contínuo, a Mattel apresentou Réplica demonstrando que as alegações expostas pelo Procon na contestação não prosperavam, configurando tão somente **impugnação genérica** sobre as considerações de caráter legal expostas pela Mattel em sua exordial.

Instada a especificar as provas que pretendia produzir, a Mattel requereu a realização de prova pericial, testemunhal e documental. Já o Procon, manifestou-se pelo desinteresse em produzir provas.

Oportunamente, em sede de julgamento antecipado da lide, o MM. Juízo de Primeiro Grau, em acertada e fundamentada decisão, julgou procedente a ação, determinando a desconstituição do auto de infração em questão.

Por meio da análise dos comerciais em questão, o MM Juízo entendeu pelo seguinte:

1. Inexistência de qualquer abuso por parte da Mattel.
2. Inexistência de discriminação ou incitação à violência.
3. Inexistência de exploração do medo, da superstição ou desrespeito aos valores ambientais.
4. Inexistência de indução das crianças a se comportarem de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.
5. Inexistência de indução das crianças a um comportamento adulto.
6. Inexistência de aproveitamento da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Por fim, a r. sentença reconheceu que é incabível a presunção de que qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil tenha caráter abusivo. Abaixo transcreve-se o trecho da acertada sentença proferida pelo MM Juízo a quo (g.n.):

> "Ocorre que, analisando os documentos carreados aos autos, bem como os comerciais veiculados e discutidos no auto de infração

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

> lavrado pela requerida, não se verifica qualquer abuso.
> **Isso porque não se verifica discriminação de qualquer natureza ou incitação à violência. Também não há exploração do medo ou da superstição e nem desrespeito a valores ambientais. Ademais, a propaganda também não é capaz de induzir as crianças a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.**
> E nem se alegue que as situações expostas nos comerciais e no site induzem as crianças a um comportamento adulto, pois utilizam-se de crianças que brincam com bonecas, produzindo penteados, trocando as roupas das bonecas, com a presença de bichinhos de estimação.
> **Não se pode presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja abusivo**. Inclusive, conforme mencionado na decisão que deferiu a tutela antecipada, as bonecas que vêm vestidas de noiva trariam temática incompatível com a idade da criança, configurando publicidade abusiva?
> De mais disso, quanto à alegação de que a publicidade veiculada aproveitou-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, **razão alguma assiste à requerida, porquanto quem decide e realiza a compra dos produtos são os adultos, responsáveis pelas crianças. (...)**
> Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação, extinguindo o feito com apreciação do mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para anular o auto de infração nº 4861, Série D7."

Ato contínuo, o Procon apresentou o presente Recurso de Apelação, o qual nada de novo trouxe à lide, limitando-se a repetir os argumentos expostos no âmbito do processo administrativo e em sua contestação, devendo ser desprovido por este E. Tribunal de Justiça, pelas razões abaixo expostas.

II. CONTEÚDO DO RECURSO DE APELAÇÃO

Em linhas gerais, o recurso de apelação do Procon apresentou os seguintes argumento: **(i)** necessidade de proteção da criança de publicidades abusivas; **(ii)** verificação de infração ao artigo 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor e; **(iii)** correra aplicação da multa em âmbito administrativo.

Claramente tais argumentos não prevalecem, conforme se demonstrará nas linhas abaixo.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest ADVOGADOS

3. RAZÕES PARA MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

3.1 DAS DIVAGAÇÕES DO PROCON SOBRE A PUBLICIDADE INFANTIL. REGRAS INAPLICÁVEIS NO BRASIL, UMA VEZ QUE A LEGISLAÇÃO PÁTRIA NÃO VEDA A PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

De início, cumpre observar que a publicidade destinada ao público infantil é plenamente lícita. Inexiste qualquer vedação legal para a veiculação de publicidade infantil, desde que, por óbvio, observados certos parâmetros e balizas normativas.

Porém, alega o Procon em seu recurso, que os parâmetros normativos não teriam sido observados nos comerciais divulgados pela Mattel, uma vez que existe no ordenamento pátrio a vedação de publicidade de caráter abusivo.

Aduz ainda, que existe "Projeto de Lei" tramitando na Câmara dos Deputados a qual prevê a proibição de toda a publicidade destinada ao público infantil e que *"as normais internacionais reconhecem como premissa inicial de seu controle que a publicidade é ilícita quando se aproveita da inexperiência e da credulidade da criança"*.

Primeiramente vale frisar que a reclamação realizada pelo Instituto Alana[2], pressupõe que a publicidade dirigida ao público infantil já seria, por si, só abusiva. Referida instituição privada possui fins ideológicos próprios e não considera as normas vigentes do Brasil acerca da publicidade infantil.

Não se pode conceber que a publicidade infantil por si só é abusiva, tal como pretendeu o Procon ao levar em consideração de forma absoluta os termos da denúncia formulada pelo Instituto Alana.

Em segundo plano, realmente existem padrões éticos para as publicidades as quais visam alcançar o público infantil. Referidos padrões estão previstos no Art. 37, parágrafo 2° do Código de Defesa do Consumidor, o qual foi absolutamente observado pela Mattel.

---

[2]Instituição de Direito Privado conhecida por ideologismos próprios, a qual formulou a denúncia que desencadeou a lavratura do Auto de Infração em questão.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Ocorre que, o fato de a publicidade ser endereçada ao público menor, não significa, por si só, a ocorrência de afronta ao artigo 37, parágrafo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

A despeito do Procon divagar sobre as normas de Direito Comparado, aplicadas em países como Suécia, Canadá e Alemanha e de Projeto de Lei o qual **sequer foi aprovado**, o fato é que **no Brasil a publicidade dirigida ao público infantil não é vedada.**

Desta forma, (i) não sendo vedada a publicidade dirigida ao público infantil no direito pátrio vigente e (ii) sendo ilegal a conclusão de que a publicidade neste contexto seria por si só abusiva, não poderia a Administração Pública tolher os direitos atribuídos à atividade privada tal como fez.

A extrapolação dos limites do exercício da Administração Pública configura um risco para toda a sociedade. O princípio da legalidade é ferido frontalmente quando a atividade da Administração Pública é exercida sem levar em consideração as normas existentes no ordenamento jurídico.

O precedente é um risco para a segurança de todo o ordenamento jurídico vigente, tornando-se impalpáveis as consequências da ausência de limites do exercício da Administração Pública nestes termos.

Com efeito, ao contrário do que pretendeu induzir o Procon, fato é que nem o Código de Defesa do Consumidor, nem o Estatuto da Criança do Adolescente e tampouco o Código de Auto-Regulamentação Publicitária proíbem a publicidade infantil.

Nesse sentido, a Mattel traz à colação o trecho do voto proferido pelo Des. Sebastião Carlos da Garcia, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, ao julgar caso envolvendo publicidade infantil, ratificou que "*Conquanto se reconheça a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa de interesses difusos e coletivos, máxime quando estes últimos dizem respeito a crianças e adolescentes, no caso em tela, o fato irretorquível é que a publicidade dos produtos fabricados e comercializados pela ré não é proibida pelo ordenamento legal vigente.* "(Apelação Cível 994.04.072694-0, julgado em 29.04.2010)

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Pois bem, a despeito de inexistir vedação legal para a divulgação de material publicitário destinado ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor, no § 2° do artigo 37, traz algumas diretrizes em relação ao tema e veda que a publicidade explore a ingenuidade da criança.

Nessa mesma orientação, o Código de Auto-Regulamentação Publicitária[3], instituído pelo Conselho de Auto-regulamentação Publicitária, não proibiu a veiculação de publicidade infantil, mas delineou os padrões éticos para as indigitadas publicidades.

Das orientações fixadas pelos Código de Defesa do Consumidor e Código de Auto-regulamentação Publicitária sacam-se as regras mestras a serem observadas:

✓ a publicidade é fator coadjuvante na formação da subjetividade da criança, na medida em que a atuação da família, autoridades e educadores é primordial neste mister;

✓ a publicidade infantil **é expressamente permitida** (porquanto não vedada), desde que observadas algumas orientações quanto à forma de veiculação e conteúdo publicitário;

✓ as restrições dizem respeito a valores deturpados e não condizentes com a dignidade humana, bem como a vedação à indução ou enganosidade do público infantil, **o que não se encontra presente nos comerciais em questão.**

Assim a publicidade destinada ao público infantil é plenamente lícita. Inexiste qualquer vedação legal para a veiculação de publicidade infantil, desde que, por óbvio, observados certos parâmetros e balizas normativas.

Portanto, a primeira conclusão que se extrai o ordenamento jurídico em vigor é que o fato de a publicidade ser endereçada ao público menor, não significa, por si só, a ocorrência de afronta ao artigo 37, § 2° do Código de Defesa do Consumidor.

[3] Artigo 37 do CDC.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

A segunda conclusão é que não se pode afirmar (muito menos sem bases técnicas), como levianamente fizeram o Instituo Alana e o Procon - na medida em que este último aceitou a reclamação -, que toda a publicidade dirigida às crianças carrega em si a imposição de valores imorais ou antiéticos.

No mesmo sentido, a Mattel refuta o argumento do Procon de que as publicidades continham "conteúdo apelativo", tampouco que a publicidade se aproveitou da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Basta uma simples análise das propagandas e dos site da Mattel, para se verificar o quão absurdo é a penalidade imposta pelo Procon![4]

Aliás, a representação que indevidamente embasou a autuação do Procon pretende criar um universo totalmente desvinculado do contexto social atual. A bipolarização criada entre as multinacionais vilãs de um lado e a sociedade indefesa de outro, à toda evidência, representa a moldura pitoresca de um quadro utópico.

Nesse passo, as transformações sociais igualmente atingiram as crianças. Ignorar que a criança tem acesso a computador, televisão, videogame, internet e telefone, infelizmente, significa fechar os olhos para a realidade. Proibir o acesso, então, significa criar uma pessoa excluída do contexto atual da realidade social.

Diante disso, entendeu o Magistrado *aquo*, que a decisão de compra dos produtos pertencem aos adultos, e que por isso a publicidade não se aproveitaria do pouco discernimento infantil, senão vejamos:

> *"De mais disso, quanto à alegação de que a publicidade veiculada aproveitou-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, razão alguma assiste à requerida, porquanto quem decide e realiza a compra dos produtos são os adultos, responsáveis pelas crianças."*

[4](As propagandas foram depositadas fisicamente em cartório, por estarem gravadas em arquivo de mídia (CD-ROOM).

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Ora, razão cabe ao Magistrado. Neste contexto de transformação social, a família exerce papel preponderante e primordial na construção da subjetividade da criança. A autoridade familiar, entendida no sentido salutar do termo, é a principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores, os quais são decisivos para o crescimento saudável e passagem segura para uma vida adulta.

Alegar que a mídia é integralmente responsável pela formação da subjetividade da criança é desprezar a existência de instituições sólidas e milenares, como a Família e a Escola.

Imputar à mídia e à publicidade o ônus de criação de uma geração é, com efeito, errar a dose da partilha de responsabilidade pela construção dos valores sociais vigentes em nossa época.

Sendo assim, muito embora a publicidade possa ser dirigida ao público infantil, o grande filtro da eficácia de tal publicidade são os próprios pais, que são as pessoas que, ao final, irão adquirir os produtos ofertados pela Mattel.

Para finalizar, a Mattel reitera que é uma empresa **séria, idônea e comprometida com a criação de um ambiente saudável para o desenvolvimento infantil**, inclusive no que diz respeito à formação de futuros consumidores.

Não por outra razão, os produtos da Mattel estão há décadas no mercado e vem cultuando a imaginação e o senso lúdico das crianças por gerações. Caso, de fato, a Mattel adotasse as práticas levianamente descritas na representação que fundamenta o Auto de Infração, não contaria hoje com o renome e a confiança do seu público consumidor, seja ele o adulto, seja ele o infantil. Outrossim, as suas publicidades **sequer seriam aprovadas pelo CONAR.**

Assim, os comerciais em questão não possuem minimamente condições de se enquadrarem como publicidade abusiva e, por conseguinte, inexistente a infração consistente na imaginária violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, conforme será exposto, devendo o presente recurso não ser provido.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

3.2. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 2 DO CDC.

O Procon alega que os comerciais "Barbie Ultra Glam", "Barbie Idesign Kit Estilista", "Barbie Salão de Beleza" e "Barbie e As Três Mosqueteiras", bem como o sítio eletrônico www.barbie.com.br, apresentariam situações que induzem as crianças a comportamentos além da faixa etária adequada.

Estas alegações não se passam de ufanismos ideológicos trazidos pelo Instituto Alana e cegamente ratificados pelo Procon, os quais não correspondem com a realidade. Tratam-se de publicidade que seguem os padrões éticos da sociedade e respeitam os direitos das crianças e dos adolescentes, senão vejamos:

- **O site da Barbie**

Atendo-se basicamente aos jogos contidos no site da Barbie, o Procon extraiu **frases isoladas** e **fora de contexto**, para inferir que houve tom persuasivo nos dizeres presentes nas atividades de entretenimento do site.

Vale frisar que referidas frases não se apresentam tal como estampa o Procon. Elas fazem parte de um cenário onde constam jogos interativos e não consistem em imperativos direcionados às crianças.

Com a devida vênia, interpretar que a veiculação de site destinado ao público infantil, relativo ao brinquedo de preferência quase unânime, representa publicidade abusiva, significa clara insensibilidade com a realidade social contemporânea.

A internet é inserta na vida da criança. Quiçá mais até do que os próprios brinquedos físicos. A criança aprende, acessa informação e brinca na internet. Isto é fato social e o Direito, tridimensional que é, não lhe pode fechar os olhos.

A maior prova do que ora se afirma repousa no fato de que atualmente as crianças são alfabetizadas com letra bastão, na medida em que que este tipo de letra está largamente distribuída no mundo, em especial nos computadores, nos *outdoors*, nas faixas, nos painéis, nos comunicados e na correspondência comercial.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Assim, encarar como publicidade abusiva a interatividade promovida pela internet significa evidente retrocesso, além de clara ilegalidade por falta de vedação legal à publicidade nos meios eletrônicos.

O fato de que o site propicia a criança brincar com diversos jogos, os quais incluem vários temas, como vestimenta, acessórios, brincadeira de compras e outros mais relacionados ao universo infantil, especialmente o das meninas não implica em qualquer ilegalidade.

Pelo contrário. Trata-se de saudável ferramenta de entretenimento virtual das crianças, as quais podem exercitar seu lado lúdico, ainda que na frente da tela de um computador.

Nesse sentido, reitere-se a postura séria da Mattel em relação ao tema. O site não se limita a promover o produto. Adicionalmente, possibilita à criança diversos jogos e brincadeiras que, além de entreter, estimulam o desenvolvimento de ferramentas intelectuais e raciocínios necessários ao crescimento saudável.

Por outro lado, não há que se falar em temas incompatíveis com a idade simplesmente porque há menção a comportamento e "baladas". Tais questões não representam o foco da publicidade e estão inseridas dentro de um contexto que é o lúdico das meninas pela beleza saudável, tal qual a das princesas dos contos de fada.

Outrossim, é crucial ressaltar que o site não encerra qualquer conteúdo nocivo ou indutivo a medo, violência e discriminação. Conforme exaustivamente mencionado, a abusividade ilícita está intrinsecamente ligada à nocividade, ausente na hipótese. O site apenas contém o "universo Barbie", que nada mais é do que a representatividade da fantasia lírica inerente ao imaginário infantil.

Referido entendimento, foi o mesmo adotado pelo ilustre magistrado *a quo*, conforme trecho retirado da r. sentença:

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

> *"Ocorre que, analisando os documentos carreados aos autos, bem como os comerciais veiculados e discutidos no auto de infração lavrado pela requerida,* ***não se verifica qualquer abuso****. Isso porque* ***não se verifica discriminação de qualquer natureza ou incitação à violência****. Também* ***não há exploração do medo ou da superstição e nem desrespeito a valores ambientais****. Ademais, a propaganda também* ***não é capaz de induzir as crianças a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.*** *" Grifos Nossos*

Por fim, vale mencionar que o controle do uso da internet é atribuído aos pais. Essa premissa é extremamente importante para que se possa sopesar a alegação arbitrária levada à efeito pelo Instituto Alana e ratificada indevidamente pelo Procon.

Por tais razões, à toda evidência que a publicidade não se enquadra como abusiva, sendo totalmente insubsistente o Auto de Infração que se pretende anular.

- **Os comercias da Barbie**

No mais, o comercial **"Barbie Ultra Glam"** mostra simplesmente duas meninas brincando com a boneca Barbie. A temática da brincadeira - senso lúdico - é arrumar a boneca. Especialmente, criar penteados e estilos diferentes de arranjos no cabelo da boneca. Apenas isso.

Não há qualquer mistura de fantasia com realidade. O comercial é explícito ao mostrara as meninas manuseando a boneca. Trata-se de simples exposição do produto, conforme expressamente permitido pelo Código de Auto-regulamentação Publicitária acima indicado.

O comercial **"Barbie Idesign Kit Estilista"**, por sua vez, traz novamente a exploração do lúdico atrelado à tendência das meninas de se interessarem por moda. A Barbie Idesign Kit Estilista possibilita, mediante recursos de informática, às crianças montarem combinações de roupas e acessórios, deixando, assim, a imaginação fluir livremente.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Reitere-se, aqui, a inexistência de temática incompatível com a idade. Segundo o entendimento do Auto de Infração, apenas com 18 (dezoito) anos de idade uma pessoa poderia se interessar por moda ou por roupas, o que é um verdadeiro absurdo.

A experiência mostra que desde cedo as roupas são atrativos do imaginário infantil, especialmente das medidas. Não é clássica a brincadeira de pegar maquiagem escondida da mãe? Ou colocar um sapato de salto? Onde está a nocividade em tais brincadeiras?

Os mesmos argumentos esposados acima se aplicam ao comercial **"Barbie Salão de Beleza"**. Trata-se de comercial explícito, direto, no qual é simplesmente demonstrado o produto com suas características, quais seja, a possibilidade de alterações do visual da boneca Barbie, especialmente no que diz respeito à mudança no cabelo.

A publicidade não expõe qualquer valor inadequado ao universo infantil e muito menos se aproveita de inexperiência da criança. Insta reprisar, com a escusa da repetição, que a simples utilização do senso lúdico não representa ofensa ao § 2° do artigo 37 do CDC, inexistindo, portanto, publicidade abusiva.

O último anúncio, trata-se de comercial de produto relativo ao filme **"Barbie e as Três Mosqueteiras".** Divulga-se neste comercial "Miete", que é a gata da Barbie presente no filme. Com a reprodução em forma de brinquedo, é possível acoplar a Miete a mochilas e bolsas.

O comercial, então, se inicia com uma cena do filme, para, depois, mostrar o produto e a forma de utilização. A simples aparição de uma cena do filme não tem o condão de "*comutar entre realidade e fantasia*", mas tão somente de vincular o produto ao filme já previamente lançado e visto por inúmeras crianças.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest ADVOGADOS

Repita-se: nenhum dos comerciais veiculados pela Mattel apresenta qualquer indício de nocividade a ponto de configurar publicidade abusiva. Portanto, a autuação em apreço é plenamente descabida e deve ser desconstituída pelo acolhimento desta defesa.

O que se viu na r. sentença, foi mais uma aula do Magistrado *a quo*, que ao analisar minuciosamente os comerciais e o site, verificou que NÃO HÁ QUALQUER ABUSIVIDADE. Vejamos:

> *"E nem se alegue que as situações expostas nos comerciais e no site induzem as crianças a um comportamento adulto, pois utilizam-se de crianças que brincam com bonecas, produzindo penteados, trocando as roupas das bonecas, com a presença de bichinhos de estimação.*
> ***Não se pode presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja abusivo.*** *Inclusive, conforme mencionado na decisão que deferiu a tutela antecipada, as bonecas que vêm vestidas de noiva trariam temática incompatível com a idade da criança, configurando publicidade abusiva?"*

- **Conclusões**

Por tudo o quanto exposto, as premissas aventadas pelo Procon não estão corretas. A mera alegação de que a criança possui vulnerabilidade e hipossuficiência não geram a conclusão automática de que as propagandas dirigidas a tal público distorcem os padrões morais existentes na sociedade.

Portanto, o conceito de "publicidade abusiva" está intimamente ligado à ideia de nocividade. É abusiva a propagada que afronte **princípios éticos, morais e que incite atitudes não condizentes com os padrões de conduta da sociedade.** A publicidade não pode incitar o público consumidor a adotar posturas discriminatórias, violentas, ou atentatórias à dignidade da pessoa humana.

Válido ressalta, que referida abusividade não foi verificada no presente caso, conforme conclusão do Juízo de primeiro grau.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

No tocante às crianças, a legislação conferiu especial proteção para vedar publicidade que, se aproveitando da *deficiência de julgamento e experiência,* impute algum valor ou incite determinada conduta. A deficiência de julgamento diz respeito ao espírito crítico sobre aquilo que é certo ou errado de acordo com o padrão da sociedade.

Isso significa que o fato de a criança não ter o desenvolvimento mental e emocional completo, por si só, não leva à configuração da publicidade abusiva. É necessário que o anunciante se aproveite da deficiência de julgamento e experiência para incitar as posturas descritas no dispositivo legal ou embutir valores nocivos ao desenvolvimento saudável de si próprio ou da sociedade.

O raciocínio não poderia ser diferente porque, como já demonstrado, inexiste vedação legal para a publicidade infantil.

Ou seja, o artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor não é fundamento para se considerar, de forma genérica, qualquer publicidade infantil abusiva, como equivocadamente procedeu o Procon.

Desta feita, a exploração do lúdico e do imaginário infantil não representa qualquer abusividade, porquanto inexistente a figura da nocividade. Veicular comerciais televisivos tendentes a mexer com a fantasia da criança não representa qualquer ilegalidade, tendo em vista, inclusive, que o lúdico é parte integrante do desenvolvimento pessoal de todos os indivíduos durante a infância.

No caso, a máxima da experiência indica, à toda evidência, que a publicidade veiculada pela Mattel é plenamente lícita e que nada mais representa do que a aproximação do mundo lúdico e saudável do universo infantil.

No mais, a alegação do Procon de que *"existência de reclamações junto ao Conar não é requisito para caracterização de infração"* por configurar *"órgão colegiado (...) para exercer o controle privado da publicidade"*, não possui consistência.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest ADVOGADOS

O CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), é a entidade que define as diretrizes e parâmetros da publicidade nacional, sendo detentor, inclusive, de poder sancionador.

O Auto de Infração lavrado pelo Procon e a absurda multa atribuída à Mattel, derivou tão somente de denúncia feita por entidade civil privada (Instituto Alana).

No entanto, quando lhe convém, o Procon questiona a legitimidade do CONAR como órgão regulador da publicidade brasileira. Por outro lado, Auto de Infração aplicando multa milionária, derivada de denúncia feita pelo Instituto Alana!

Os comerciais em comento foram previamente aprovados pelo CONAR que possui como principal missão[5]: *"o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria."*

Uma vez que a Mattel não responde a qualquer procedimento ou reclamação perante o CONAR, é de se concluir que todas as publicidades veiculadas foram aprovadas, ainda que tacitamente, pelo órgão regulador da matéria, sendo, por tal razão, plenamente descabida a infração apontada neste procedimento.

A ocorrência ou não de publicidade enganosa **não pode ser analisada no espectro do "achismo"**, como infelizmente ocorreu nos autos do Procedimento Administrativo..

Assim, restando comprovadas (i) a legalidade da publicidade veiculada pela Mattel, bem como (ii) a ausência de provas acerca da natureza abusiva do materiais publicitário, resta evidente que o Auto de Infração não poderá prevalecer, não merecendo provimento o presente recurso.

[5] http://www.conar.org.br/

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest ADVOGADOS

III.III DA ILEGALIDADE DA MULTA APLICADA

O Procon alega em seu Recurso de modo aleatório e genérico que *"Para fixação da pena base foram considerados, apenas, o porte econômico da Autora. Nada foi acrescido a título de vantagem econômica com a conduta, beneficiando a Autora"*.

Afirmando ainda que o faturamento da Mattel foi **ESTIMADO**, em face da sua suposta recusa em apresentar quaisquer dos documentos comprobatórios necessários.

Nada mais absurdo ! Tendo em vista que a Mattel apresentou **SIM** documentos competentes para demonstrar o seu balanço econômico.

A multa aplicada pelo Procon é absolutamente **ilegal e desproporcional**, além de não ter observado os critérios legais no momento de sua mensuração. Isso foi, inclusive, reconhecido por este MM. Juízo quando do deferimento do pedido de tutela antecipada formulado inicialmente[6].

Como visto na exordial, a multa imposta pelo Procon encontra óbices legais que lhe impedem de prevalecer. Isso porque:

✓ **a imposição de multa por si só representa violação à livre iniciativa, ao princípio da isonomia e à livre concorrência;**

✓ **sucessivamente,** o valor da multa é ilegal, porquanto não compatível com o princípio da razoabilidade, além de representar evidente confisco;

✓ **a receita média da Mattel foi devidamente comprovada** e é significativa **menor àquela estimada pelo Procon**, de modo que é de rigor a redução da penalidade;

✓ não há qualquer justificativa para aplicação da circunstância agravante para aumento da pena em 1/2, de modo que a majoração carece de motivação e, por isso, deve ser desconsiderada.

---

[6] *"Por outro lado, o alto valor imposto, de quase meio milhão de reais, representa o periculum in mora a ensejar a concessão da tutela. Diante disso, defiro o pedido antecipatório."*

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Na remota hipótese de se considerar que o Auto de Infração é subsistente, o que se admite por amor ao debate, verifica-se claramente que o valor da multa imposta é completamente ilegal, merecendo revisão, pois viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso, o Procon não se atentou a tais princípios. A multa de **R$ 534.613,33 (quinhentos e trinta e quatro mil seiscentos e treze reais e trinta e três centavos)** não é nada razoável diante da suposta infração cometida e igualmente não é proporcional face aos critérios previstos no artigo 57 do Código de Processo Civil.

Com efeito, o artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor disciplina que *"A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos".*

No caso, é de se ressaltar que **(i)** não houve qualquer vantagem auferida pela Autora, conforme expressamente consta às fls. 516 dos autos do processo administrativo; **(ii)** ainda que considerada a existência de infração, não há gravidade suficiente e nem potencialidade de lesão aos consumidores e **(iii)** por fim, os dois requisitos mencionados devem estar presentes para que, em conjunto, seja auferida a capacidade econômica do infrator, levando em conta documentos hábeis a atestar referido potencial.

Trata-se, com efeito, de comerciais televisivos, os quais, podem ter sido vistos ou não. A inexistência de dados concretos torna impossível a análise de potencial gravidade ou periculosidade da (inexistente) infração, não podendo a Mattel, por tal razão, sofrer autuação cuja multa é desprovida de qualquer critério técnico ou empírico para sua aferição.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Considerando os fatores acima, claramente se denota o excesso cometido pelo Procon. O valor da multa não se justifica diante dos próprios critérios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Repita-se, inexistem fatores objetivos que justifiquem a vultosa quantia imposta a título de sanção de pecuniária, mormente porque não houve qualquer vantagem auferida. Inexiste qualquer elemento concreto para o absurdo cálculo levado e efeito nestes autos.

Assim, uma vez que a sanção imposta à Mattel é severamente superior à necessária para a punição da suposta infração indicada no Auto de Infração, a conclusão a que se chega é que, na realidade, **a multa tem clara natureza de confisco**, o que é sabidamente vedado pela Constituição Federal.

Sendo assim, na hipótese de ser mantido o auto do infração deverá ser reduzido o valor da multa pecuniária imposta à Mattel por ser flagrantemente ilegal e desarrazoada.

No mesmo sentido, não houve recusa da Mattel em apresentar os documentos hábeis para cálculo da multa. O Procon sequer analisou os próprios fundamentos da decisão proferida no processo administrativo, equivocando-se ao afirmar na contestação que houve inércia da Mattel neste ponto.

O Procon desconsiderou o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel pelo fato de que o documento não foi acompanhado da respectiva publicação. O fundamento para a ilegal desconsideração seria o artigo 32, § 1° da Portaria n° 26/06, com nova redação dada pela Portaria 33/09.

No entanto, a disposição da Portaria n° 26/06, renovada pela Portaria n° 33/09 não subsiste porque representa evidente ofensa ao princípio da legalidade estrita, na medida em que cria obrigação não prevista em Lei.

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest ADVOGADOS

A Legislação Pátria não prevê a necessidade de publicação das demonstrações contábeis e financeiras das sociedades limitadas, de modo que tal exigência é somente aplicável às sociedades anônimas constituídas sob os auspícios da Lei nº 6.404/76.

Nesse sentido, é cediço que, nos termos do artigo 5º, II da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de Lei. E, como é pacífico na doutrina e jurisprudência, a interpretação da palavra "Lei" é restrita, ou seja, somente ato sujeito ao integral processo legislativo, e não aos demais atos de natureza regulamentadora ou mesmo normativa.

Portanto, uma vez que não há lei que obrigue a Mattel a publicar suas demonstrações financeiras, não poderia uma simples Portaria, mero ato administrativo desprovido de caráter legal, criar obrigação não expressamente indicada em Lei.

Nesse sentido, o Ministro Benedito Gonçalves, em brilhante julgado proferido em sede de Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 200802361090, ratificou que " *se os decretos regulamentares não podem inovar na ordem jurídica, também não podem as portarias ministeriais constituir novas obrigações, diversas das previstas na legislação que lhes serve de fundamento*".

Assim, a Portaria expedida pelo Procon não pode servir de fundamento para a desconsideração do Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel, tendo em vista a ilegalidade de exigência de publicação de demonstrações financeiras de sociedades limitadas[7].

---

[7]Abaixo, a Mattel transcreve o trecho do acórdão recentemente proferido pelo TJSP, por meio do qual restou claramente atestada a necessidade de o Procon acatar e usar o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela companhia - ainda não tenha sido ele publicado:
"ADMINISTRATIVO MULTA ADMINISTRATIVA INFRAÇÃOCONSUMERISTA PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE MULTA PORTARIA Nº 26/06. (...) 3. Comprovam a condição econômica do infrator, para fins de cálculo da multa, os meios previstos no art. 17, Resolução nº 26/06.Demonstrativo de Resultado de Exercício se enquadra no rol normativo. Multa. ***Decisão administrativa que não aprecia documentos apresentados pelo fornecedor. Ilegalidade reconhecida, facultada a renovação do ato.*** *Pedido procedente, em parte. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, desacolhido. Recursos desprovidos."*[7] *(TJSP - Relator(a): Décio Notarangeli, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 29/01/2014, Data de registro: 30/01/2014, Outros números: 009.95.895530-0)*

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.

Demarest
ADVOGADOS

Portanto, o Procon agiu de modo ilegal ao desconsiderar o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel o que implica, igualmente, no recálculo da multa imposta de modo requerido subsidiariamente na exordial.

IV. CONCLUSÕES E PEDIDOS.

Por fim, foi reconhecido pela r. sentença (i) a inexistência de abuso das propagandas veiculadas; (ii) que as propagandas não são capazes de induzir as crianças a se comportarem de forma prejudicial ou perigosa (iii) as propagandas não induzem as crianças a um comportamento adulto; (iv) as propagandas não se aproveitaram da deficiência de julgamento e experiência da criança e; (v) não houve violação ao artigo 37, parágrafo 2° do Código de Defesa do Consumidor.

Diante disso, tendo em vista a fundamentada e acertada sentença proferido pelo MM. Juízo *a quo*, **requer seja negado provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Procon, com a manutenção integral da sentença de primeira instância**, condenando-se o Apelante ao respectivo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que deu causa.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 27 de agosto de 2014.

MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA
OAB/SP 157.042

VANESSA ESTEPHAN MALUF
OAB/SP 316.585

Este documento foi assinado digitalmente por VANESSA ESTEPHAN MALUF. Protocolado em 29/08/2014 às 17:27:32.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 1010889-46.2014.8.26.0053 e o código AB345D.