



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 57.659.583/0001-84, pela Procuradora do Estado subscritora, nos autos do processo em epígrafe que lhe move MATTEL DO BRASIL LTDA, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., apresentar sua CONTESTAÇÃO pelas razões a seguir expostas:

I – Síntese do pedido inicial:

Pretende a Autora a anulação do Auto de Infração n.º4861, série D 7, do Processo Administrativo n.º 1268/10, lavrado por infração ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, por ter veiculado publicidade dirigida ao público infantil, comutando entre realidade e fantasia sem qualquer distinção, prevalecendo-se do menor discernimento da criança para incutir o desejo de aquisição dos produtos e estimular comportamentos em desconformidade com sua faixa etária.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

O conhecimento da conduta chegou à Requerida 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.

Para anular o auto de infração, sustentou a Autora, em síntese que:

1. A publicidade foi divulgada de forma regular;
2. Não existe, no processo administrativo, elementos concretos para demonstrar que a campanha tenha se aproveitado da inexperiência da criança, ou causado algum dano;
3. A Requerida aplicou interpretação extensiva do artigo 37 do CDC, limitando a criatividade publicitária, a livre iniciativa e concorrência;
4. Os critérios para cálculo da multa constantes da Portaria Procon 26/06 são ilegais, e
5. Houve equívoco ao se tomar o faturamento da pessoa jurídica como base de cálculo da multa, e não a receita apurada com a venda das pelúcias.

Pleiteou a concessão de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade da multa, medida que foi deferida condicionada ao depósito integral da penalidade em discussão, com fundamento no art. 151, II, do CTN.

A autuação não merece reparo, pois a infração restou materializada, legitimando a Fundação Requerida a aplicar a penalidade. É o que se demonstrará.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

II – Da regularidade do processo administrativo: inoocorrência de cerceamento de defesa.

O processo administrativo tramitou de forma regular, assegurando ao Autor as oportunidades de apresentação de defesa e recurso.

Sustenta o Autor que seu direito de defesa foi cerceado por dois motivos: (i) porque não lhe foi oportunizada a manifestação quanto aos termos da representação feita pela ONG Instituto Alana, acerca da inadequação da campanha publicitária, (ii) porque não houve prova concreta da atividade fiscalizatória a justificar a autuação.

Tais alegações não merecem acolhimento.

Em primeiro lugar, a representação feita pela ONG citada não gerou o auto de infração como consequência automática. O conhecimento da conduta infratora pode chegar ao agente fiscal por diversas formas: representação, denúncia, reclamação de consumidor, matérias publicadas na imprensa, diligências fiscalizatórias ou até mesmo de ofício.

A partir de uma representação ou reclamação, o agente fiscal analisa seu conteúdo para concluir pela ocorrência ou não de infração ao CDC, aplicando-se o artigo 2º da Portaria Procon 26/06:

Art. 2º. Verificados os indícios da ocorrência de infração às normas de proteção e defesa do



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

consumidor será lavrado o auto de infração e instaurado o processo administrativo sancionatório.

Assim a existência de indícios de infração faz emergir o poder-dever de polícia administrativa para defesa dos consumidores. Como ensina Hely Lopes Meirelles¹:

"Onde houver interesse relevante da coletividade ou do próprio Estado, haverá, correlatamente, igual poder de polícia administrativa para a proteção destes interesses. É a regra, sem exceção."

Bem por isso que o Autor foi intimado para defesa contra o auto de infração, e não contra a representação.

O exercício do direito de defesa foi respeitado, facultando-se à Autora as oportunidades de apresentação de defesa e recurso administrativos (respectivamente, fls. 611/671 e 704/724); ambos com as razões analisadas pelas manifestações técnicas de primeira e segunda instância administrativa (fls. 675/694 e fls. 731/752 destes autos).

Dito de outra forma, ainda que o Autor tivesse impugnado a representação em si, o agente fiscal teria tomado o mesmo caminho – a lavratura do auto de infração, pois os elementos de prova analisado confirmaram a conduta. Na prática, a partir da lavratura do auto,

¹ Hely Lopes Meirelles – Direito Administrativo Brasileiro – 30 ed. Malheiros – 2005 – p. 134



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

seriam apresentadas defesa e recurso administrativo, tal como ocorreu.

Não houve, portanto, nenhum prejuízo à defesa.

Quanto à prova da infração, também não assiste razão ao Autor já que o auto de infração foi lavrado a partir da análise dos comerciais televisivos e material publicitário publicado no site da linha de bonecas, que adiante serão analisados em pormenores.

Dessa forma, o processo administrativo não padece de qualquer vício.

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

Alega o Autor que a publicidade destinada ao público infantil é lícita, "desde que observados certos parâmetros e balizas normativas."

No caso concreto, justamente os parâmetros normativos não foram observados.

Existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade abusiva que envolva crianças.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

A defesa do consumidor é cláusula pétrea, inserida no rol das garantias individuais do artigo 5º, da Constituição Federal, enquanto a proteção da criança e do adolescente está prevista, genericamente, no artigo 227, caput, da CF/88², e de forma específica nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do 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 abusiva³.

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 Momberger⁴:

“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

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

³ “Art. 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.”

⁴ A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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.”

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)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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.

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 – MOMBARGER, 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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.

É induscutível o impacto da publicidade 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).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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.

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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 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.

E, portanto, é neste contexto social e jurídico que foi feito o exame dos anúncios veiculados pela Autora para divulgação de itens da linha Barbie.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

III – A infração ao artigo 37, § 2º do CDC:

A Autora 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.

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 Autora (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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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!"

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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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 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 parecer⁵ feito ao Conselho Federal de Psicologia, pelo Professor Yves de La Taille, titular da Universidade de São Paulo, acerca do tema:

⁵ Parecer sobre o Projeto de Lei 5921/01, intitulado "A Publicidade dirigida ao público infantil, - considerações psicológicas."



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

"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.

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 Benjamin⁶:

"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).

(...)

⁶ CDC comentado pelos Autores do anteprojeto – São Paulo – Ed. Forense -p. 292, 300 e 382.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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 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."

Vidal Serrano Nunes⁷ 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."

⁷ Nunes, Vidal Serrano Jr. – Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático Brasileiro – Ed. RT – 2008 – p. 845



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

A análise do material publicitário descrito no auto de infração evidencia que a Autora 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.

Outro ponto que deve ser considerado é que existência de reclamações junto ao Conar não é requisito para 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.

As atribuições da Fundação Procon, legitimada para o exercício do poder de polícia das relações de consumo, em obediência ao mandamento constitucional são autônomas e absolutamente independentes daquelas exercidas pelo Conar (Conselho de Autorregulamentação Publicitária).

Aproveitando a referência feita pelo Autor ao Conar, cabe acrescentar as palavras de seu Presidente, Gilberto Leifert, 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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.)

Não colhe, ademais, o argumento de que a autuação viola a livre iniciativa da empresa, ao impedi-la de anunciar seus produtos.

Embora a Constituição Federal consagre o direito á livre iniciativa, estabelece em seu artigo 170, inciso V, o respeito aos direitos dos consumidores:

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

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

Assim sendo, a proteção constitucional do consumidor legitima todas as medidas de intervenção estatal necessárias para assegurar seus direitos, 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.

Nesse sentido, cabe trazer à colação a r. Decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu Órgão Especial, nos autos sob n.º 0227995-87.2012.8.26.0000, que embora tratando de questão diversa (lei da entrega), examinou a alegação de ofensa a livre iniciativa por autuações da polícia administrativa das relações de consumo:

"Lembre-se que em algumas situações o Estado pode – e deve – interferir na autuação dos particulares, de forma a garantir a satisfação do interesse público que, por diversa vezes, somente é possível mediante prevalência sobre o interesse privado."

Não é porque o empresário tem direito à livre iniciativa que ele não se sujeita aos demais princípios estabelecidos na Carta Magna, no presente caso, o respeito aos direitos dos consumidores, em especial, crianças.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

Ainda que tenha direito à livre iniciativa, não pode o fornecedor de produtos utilizar-se de técnicas apelativas para fomentar suas vendas.

No caso dos autos, contrariamente ao afirmado pelo Autor, ficou demonstrada de forma específica, e não genérica, a razão da abusividade da campanha.

Não se trata de enganosidade do que foi oferecido, e sim, de abusividade, do exagero na mistura do real e do imaginário, com determinação imperativa de comportamentos.

Assim, quanto ao mérito, a conduta restou configurada, legitimando a Fundação Procon a impor a penalidade impugnada. E quanto à dosimetria da multa, igualmente, nada há a se nulificar.

V – 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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.

E embora a Autora sustente a ilegalidade dos critérios da Portaria, o Tribunal de Justiça, por meio do Órgão Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, decidiu, por unanimidade, que as portarias editadas pela requerida são válidas e legais e o art. 57 do CDC é constitucional, corroborando mais de uma centena de acórdão sobre o tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita:

CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE.
Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon n.º 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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

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 Autora 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;
- 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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

poder discricionário, enquadrou a infração no grupo IV, de maior gravidade.

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

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 base⁸):

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 base⁹):

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

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.

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada à

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

⁹ Conforme art. 34, I, da Portaria Normativa Procon 26/06, com a nova redação dada pela Portaria 33/09.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

requerente é justa e decorre de flagrante afronta ao comando do art. 37, § 2º do CDC.

A Administração Pública, na pessoa da Fundação PROCON, exerceu o poder de polícia que lhe foi conferido pela Lei Estadual 9.192/95, dentro das normas regulamentares impostas pela Portaria 26/06 e dos limites qualitativos e quantitativos previstos nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, no exercício da sua discricionariedade.

Por sua vez, a multa imposta não fere o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso porque seu quantum, compatível com o porte econômico da 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. Tais princípios também devem ser encarados sob esta perspectiva, já que uma sanção em valor irrisório só contribuiria para a desmoralização da atividade fiscalizatória empreendida pela Fundação PROCON.

Por outro lado, eventual redução ou não aplicação da multa contrariará não só os arts. 56, I, e 57, caput seu parágrafo único, da lei 8.078/90 como também extrapolará o limite imposto pelo art. 2º da Constituição Federal, que estabelece o princípio da separação dos poderes, em razão de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo que levou à aplicação da penalidade à requerente e sua quantificação.

Diante de todo o exposto, requer-se seja a ação julgada IMPROCEDENTE, condenando-se a Autora nas verbas sucumbenciais.

Finalmente, requer-se sejam anotados na contracapa dos autos, para fins de intimação, os nomes das Procuradoras do Estado: Tatiana de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

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

Faria Bernardi, OAB/SP 166.623, Maria Bernadete Bolsoni Pitton, OAB/SP 106.081
e Adriano Pugliesi Leite, OAB/SP 172.844.

São Paulo, 03 de junho de 2014.

TATIANA DE FARIA BERNARDI

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 166.623