



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

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 com Pedido de Tutela Antecipada, 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. 826, apresentar **RÉPLICA** à Contestação apresentadas às Fls. 800/825, pelas razões a seguir alinhavadas.

#### I. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo ajuizada pela Mattel em face do Procon, com vistas a desconstituir o o Auto de Infração nº 4861 - Série D7, lavrado pelo Procon, em virtude de denúncia de caráter ideológico formulada pelo "Instituto Alana"<sup>1</sup>, 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 Autorregulamentação Pulicitária, o CONAR, - referentes às bonecas "Barbie Ultra Glam", "Barbie Idesign Kit Estilista", "Barbie Salão de Beleza" e "Barbie e As Três Mosqueteiras".

<sup>1</sup>Organização civil de caráter privado.

**São Paulo** Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

**Campinas** Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

**Rio de Janeiro** Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

**Brasília** Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



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 seiscientos e treze reais e trinta e três centavos).

A tutela antecipada pleiteada inicialmente foi concedida por este MM. Juízo, 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, § 2º do CDC e; (iv) regularidade na aplicação da multa.

No entanto, conforme será visto adiante, as alegações expostas pelo Procon na contestação não prosperam, configurando impugnação genérica sobre as considerações de caráter legal expostas pela Mattel em sua exordial. Vejamos.

## II. A QUESTÃO DA IRREGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

O Procon alega em sua contestação que não teria ocorrido cerceamento de defesa no âmbito administrativo, pois teria sido oportunizado à Mattel a apresentação de defesa e recurso contra o Auto de Infração lavrado.

Alega ainda que, *"a representação feita pela ONG citada não gerou o auto de infração como consequência automática"* e que *"ainda que o Autor tivesse impugnado a representação em si, o agente fiscal teria tomado o mesmo caminho (...)".*

São Paulo Av. Pedrosa de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
 Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
 Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
 Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



A despeito dos argumentos tecidos pelo Procon, fato é que houve sim violação às garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo. Praticamente em um Tribunal de Exceção, a Mattel foi penalizada e, após apresentar sua defesa, teve a pena majorada sem qualquer razão para tanto.

**A violação reside no fato de que o Auto de Infração foi unicamente baseado em representação formulada por particular (Instituto Alana), da qual a Mattel não teve ciência e muito menos oportunidade de resposta.**

Ou seja: A representação formulada pelo Instituto Alana foi tomada como verdade incontestável a ponto de justificar a lavratura do Auto de Infração e de vultosa multa contra a Mattel, sem sequer se ter dado vista dos autos anteriormente, de modo a possibilitar que, antes de ser apenada, a Mattel pudesse apresentar sua resposta à representação.

Nesse aspecto, a justificativa veiculada na contestação do Procon não prospera. O argumento de que a representação trazida pelo Instituto Alana não teria gerado de forma automática o auto de infração é absolutamente leviana, pois foi exatamente o que ocorreu.

Ao receber a denúncia formulada pelo Instituto Alana, o Procon lavrou o Auto de Infração e aplicou penalidade pecuniária à Mattel, antes de ser oportunizada a defesa e respectivo recurso em âmbito administrativo.

Ademais, é notório que, uma vez lavrado o Auto de Infração sem a observância do devido processo legal, surgem consequências práticas que impossibilitam ao administrado a discussão do mérito do ato administrativo naquela oportunidade.

Como se sabe, a Administração Pública presume a validade dos atos administrativos de forma rígida, - o que diga-se de passagem corresponde a uma premissa ilegal - o que torna inviável a discussão do mérito do Auto de Infração do ponto de vista prático.

São Paulo Av. Pedrosa de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



O procedimento correto a ser tomado pelo Procon, seria a abertura de procedimento investigatório para averiguação de eventuais irregularidades, oportunizando à Mattel o devido contraditório ANTES de lhe aplicar a vultuosa multa e ANTES de lavrar o Auto de Infração em questão.

Não se pode admitir que uma mera representação possa ser considerada como prova de ilegalidade, ainda mais levando-se em consideração que o Instituto Alana é pessoa jurídica privada e, portanto, desprovida de qualquer fé-pública ou presunção de veracidade de seus atos.

E com, a devida vênia, diversamente do que consignado na defesa do Procon, não há qualquer indício de prova de "todo o estudo e análise realizado pelo corpo técnico desta Fundação", tal como consta do Auto de Infração. O que se vê é tão somente a representação formulada pelo Instituto Alana e respectiva aplicação da penalidade.

Portanto, a falta de intimação da Mattel para apresentar resposta à representação, antes da lavratura do Auto de Infração, representa evidente cerceamento de defesa e, por conseguinte, violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

**III. 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.**

Alega o Procon 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.

Alega 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 normas internacionais reconhecem como premissa inicial de seu controle que a publicidade é ilícita quando se aproveita da inexperiência e da credulidade da criança"*.

São Paulo Av. Pedrosa de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
 Campinas Av. Dr. Jose Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
 Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
 Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



Primeiramente vale frisar que a reclamação realizada pelo Instituto Alana, 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.

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.

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.



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)

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 § 2º 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<sup>2</sup>, instituído pelo Conselho de Autorregulamentação 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 Autorregulamentação 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 enganiosidade do público infantil, **o que não se encontra presente nos comerciais em questão.**

<sup>2</sup>Artigo 37.

São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 - F 55 11 3356 1700

Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 - F 55 19 3123 4302

Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 - F 55 21 3723 9822

Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 - F 55 61 3243 1153



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, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

A segunda conclusão é que não se pode afirmar (muito menos sem bases técnicas), como levemente fizeram o Instituto 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.

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 levemente 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.

### III.B. 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](http://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.

São Paulo Av. Pedrosa de Moraes, 1201 Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
 Campinas Av. Dr. Jose Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
 Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
 Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'VLL' or similar.



- 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 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.

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.

São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
 Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
 Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
 Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153





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.

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 comerciais 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 Autorregulamentação Publicitária acima indicado.

São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
 Campinas Av. Dr Jose Bonifacio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
 Rio de Janeiro Av Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
 Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



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.

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 § 2º do artigo 37 do CDC, inexistindo, portanto, publicidade abusiva.

O simples fato de a publicidade mencionar salão de beleza não representa qualquer influência negativa no desenvolvimento da criança. Não há qualquer causalidade adequada entre tal publicidade e a tão propalada temática incompatível.

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.

**São Paulo** Av. Pedrosa de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

**Campinas** Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

**Rio de Janeiro** Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

**Brasília** Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



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.

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.

- **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.

Conforme preceitua o § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, "*é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*".

Portanto, o conceito de "publicidade abusiva" está intimamente ligado à ideia de nocividade. É abusiva a propaganda 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.

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.

**São Paulo** Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

**Campinas** Av. Dr. Jose Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

**Rio de Janeiro** Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

**Brasília** Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



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, inexistente 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.

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<sup>3</sup>: *"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 no caso presente.

É preciso a colheita de provas concretas acerca da sua ocorrência, o que não se viu. Inexiste laudo técnico ou qualquer outro documento que minimamente possam confirmar que as propagandas veiculadas pela Mattel teriam o condão de explorar a ingenuidade infantil - tal como informado pelo Procon.

Com o devido respeito, apenas um profissional com franco conhecimento nas áreas da pedagogia e psicologia infantil poderiam validar a tese esposada no Auto de Infração, jamais a Agente Fiscal Patricia A. Oliveira, pertencente a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor.

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.

<sup>3</sup><http://www.conar.org.br/>

**São Paulo** Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

**Campinas** Av. Dr. Jose Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

**Rio de Janeiro** Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

**Brasília** Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



IV. DA QUESTÃO RELATIVA À APLICAÇÃO DA MULTA.

IV. ILEGALIDADE DA MULTA APLICADA

O Procon alega em sua contestação 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"*.

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<sup>4</sup>.

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.

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 por meio da presente ação.

<sup>4</sup>*"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."*

São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ. 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



O valor da pena pecuniária fixada pelo Procon é completamente ilegal porque significa violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais devem nortear a atividade da Administração Pública.

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.

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.

São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700  
 Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302  
 Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822  
 Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153



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 a 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.

A toda evidência verifica-se o desvirtuamento no propósito da atividade fiscalizadora exercida no processo administrativo. Não se pretende coibir infrações ao Código de Defesa do Consumidor, mas sim impor multas pesadas e confiscatórias, propósito este inconstitucional por violação ao 150, IV da Carta Política.

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.

#### VI. A ILEGAL DESCONSIDERAÇÃO DO DEMONSTRATIVO DE RESULTADO DE EXERCÍCIO.

Com a devida vênia, o Procon equivocou-se ao afirmar em sua contestação que *"No caso dos autos, o faturamento da Autora foi estimado, em face da sua recusa em apresentar quaisquer documentos comprobatórios listados no artigo 17 da Portaria (...)".*

Não houve recusa da Mattel em apresentar dos 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.

Conforme informado na exordial, **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, § 1º da Portaria nº 26/06, com nova redação dada pela Portaria 33/09.

São Paulo Av. Pedrosa de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153





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

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<sup>5</sup>.

<sup>5</sup>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.**"<sup>5</sup> (TJSP - Relator(a): Décio Notarangeli, São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700**

**Campinas Av. Dr. Jose Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar - 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302**

**Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 - 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822**

**Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153**



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.

#### VI. CONCLUSÕES E PEDIDOS.


Por tudo quanto o exposto, resta evidenciado que não há ocorrência de propaganda abusiva em nenhum dos casos analisados constantes do Auto de Infração, inexistindo, pois, qualquer violação ao Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, verificando-se a ilegalidade da autuação levada a efeito pelo Procon, de modo que ficam reiterados os pleitos formulados na exordial, devendo a **ação ser julgada totalmente procedente** e, sucessivamente, ser reduzida a absurda penalidade pecuniária atribuída no processo administrativo por ser totalmente desarrazoada.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 18 de junho de 2014.

  
**MARIA HELENA ORTIZ BRAGAGLIA**  
 OAB/SP 157.042

  
**VANESSA ESTEPHAN MALUF**  
 OAB/SP 316.585

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)

São Paulo Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake 05419-001 • T 55 11 3356 1800 F 55 11 3356 1700

Campinas Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150 - 4º Andar 13091-611 • T 55 19 3123 4300 F 55 19 3123 4302

Rio de Janeiro Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar, Sala 601 20090-003 • T 55 21 3723 9800 F 55 21 3723 9822

Brasília Ed. General Alencastro SEPS EQ, 702/902 - 4º Andar Bloco B Asa Sul 70390-025 • T 55 61 3243 1150 F 55 61 3243 1153