



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



PROCESSO Nº 1043711-20.2016.8.26.0053

Procedimento Ordinário

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR - PROCON, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ sob nº 57.659.583/0001-84, nos autos da ação em epígrafe movida por **KRAFT FOODS BRASIL SA**, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ sob nº **33.033.028/0001-84**, vem interpor **RECURSO DE APELAÇÃO**, nos termos do artigo 1009 e seguintes, do Código de Processo Civil, e requerer o recebimento das inclusas razões, para apreciação do Egrégio Tribunal Ad Quem.

Requer sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores do Estado **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**, OAB/SP 106.081; **PASQUAL TOTARO**, OAB/SP 99.821 e **VINICIUS JOSÉ ALVES AVANZA**, OAB/SP 314.247

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, quinta-feira, 01 de junho de 2017

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal,

Colenda Câmara:

1 – SÍNTESE DO PROCESSO

Cuidam os autos de ação anulatória de auto de infração lavrado por infringir a apelada o disposto no artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/90, acarretando-lhe multa administrativa no importe de R\$ 458.240,00 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais), consoante artigos 56, inciso I e 57, parágrafo único, do mesmo Diploma.

A conduta praticada consistiu em anunciar o produto Gelatina Royal, por meio de personagens licenciados da "Turma do Bob Esponja" e "Bocão", que figuravam em brindes consistentes em figurinhas adesivas e colecionáveis, colocadas dentro das embalagens, além de promover jogos em sites na internet, aproveitando-se da imaturidade e deficiência de julgamento do público infantil. (fls. 60/670)

Requeru a apelada a anulação do auto de infração e procedimento administrativo, alegando, em síntese:

- 1 – nulidade do ato administrativo por violação ao dever de motivação;*
- 2 -violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, por não explicar a forma de apuração do valor da multa;*
- 3 – violação ao princípio da legalidade, face à atipicidade da conduta, vez que não há lei proibindo a propaganda de produtos direcionados ao público infantil;*
- 4 – observância das regras estabelecidas no Código de Autoregulamentação; e*
- 5 – desproporcionalidade da multa imposta.*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

Pleiteou, ainda, tutela antecipada para suspender a exigibilidade da multa, oferecendo seguro garantia. (fls. 1/42, 734/743).

O pedido foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo*, por entender que somente o depósito em dinheiro suspende a exigibilidade do débito. (fls. 745/747)

Da decisão foi manejado agravo de instrumento, provido para determinar a aceitação da caução ofertada. (fls. 762/763) O débito, inscrito na Dívida Ativa, foi suspenso.

Contestação a fls. 786/817.

Intimadas as partes abriram mão da produção de provas (fls. 857/858).

Encerrada a instrução foi a pretensão julgada procedente por entender o juízo *a quo* que:

- os produtos não são comprados por crianças;
- o oferecimento de brindes não é discriminatório, não incita à violência, não explora o medo ou a superstição, não se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeita valores ambientais e nem induz o comportamento prejudicial à saúde ou segurança do consumidor;
- o fato de ter a apelada observado as normas do Código de Autoregulação afasta a potencialidade lesiva da conduta;
- no tocante à imposição da multa não foram observados vícios que a contaminem de nulidade ou desproporcionalidade.

A decisão está a merecer decreto de reforma, vez que não acolhe o bom direito.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

2 – DAS RAZÕES PARA REFORMA DA SENTENÇA

Parte a decisão de premissa inadequada à espécie, o que contamina a conclusão a que se chega para determinar a procedência do pedido anulatório.

Diz o prolator da sentença:

Pois bem, a premissa para a imposição da autuação à autora é o fato de que a utilização de motivação fundada na “Turma do Bob Esponja e o Bocão” nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa importariam em um aproveitamento da deficiência de julgamento e da experiência da criança. Um conhecimento mínimo da forma como se dá a aquisição dos produtos que são objeto de destaque na análise demonstra a ausência de fundamento na imputação.

***Crianças não efetuam compras de gelatina; adultos compram gelatina,** com ou sem a companhia de crianças. E quando a compra se dá com a presença das crianças, não consigo vislumbrar como a criança participa da tomada de decisão em comprar a marca de gelatina distribuída pela autora ou o produto da concorrente. (grifos nossos)*

De proêmio já se vislumbra a escolha da premissa incorreta.

Obviamente crianças não compram gelatinas, nem qualquer outra coisa. São sempre os pais que efetuam as compras de produtos destinados às crianças, sejam esses produtos remédios, brinquedos, roupas ou "gelatinas"! Até porque, nos termos do Código Civil, menores de 16 anos, portanto crianças, são absolutamente incapazes para a realização de qualquer negócio jurídico.

A prosperar tal ilação, o artigo 37, § 2º, não precisaria existir, já que crianças não efetuam compras.

Seria de um surrealismo digno de Buñuel pais mandarem seus filhos, crianças, ao supermercado para efetuar as compras destinadas a prover a mesa da família!



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

Também surreal imaginar que a propaganda veiculada fosse dirigida aos pais que, fascinados por figurinhas adesivas, acorressem ao supermercado para comprar gelatinas e incrementar sua coleção!

Daí, concluir-se que não há influência das crianças nas compras de produtos a elas destinados é uma ilação baseada apenas na subjetividade do julgador.

Assim, remanesce obvio o direcionamento da publicidade veiculada às crianças. E, quando se menciona crianças, pensa-se em menores de 10/11 anos, já que adolescentes não se interessam por esse tipo de brindes...

E, já que se inicia a sentença com o esclarecimento de que as questões de natureza extrajurídica (abordagem psicológica e política) não serão objeto do julgamento, este deveria ater-se a questões objetivas e não implicar em trazer aos autos a subjetividade presente no decidir do magistrado.

E a questão objetiva é considerar abusiva propaganda que se valha da deficiência de julgamento e experiência da criança para vender produtos.

Assim, analisando objetivamente temos:

1 – crianças influenciam nas compras feitas pelos pais no tocante aos produtos a elas destinados:

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

Fazendo referência ao citado documentário, aponta o Instituto Alana:

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

Nesse sentido, a Suprema Corte da Califórnia já admitiu que, “no momento da compra, os pais não tomam decisões totalmente independentes, mas são influenciados pelos desejos de seus filhos”, razão pela qual as empresas gastam milhões de dólares em publicidade que tem como alvo direto exclusivamente crianças¹.

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

Sendo que, como alerta a referida pesquisa, “um bom personagem comunica mais que mil palavras”, como no caso da “Hello Kitty” e do “Homem-Aranha”. E, por fim, essa pesquisa chega à conclusão que a “criança é uma esponja”, por absorver tudo o que vê e ouve por meio da publicidade².

Essa é a razão para o “bombardeio” de publicidades de produtos alimentícios dirigidas às crianças, com conteúdo muitas vezes bastante apelativo, que as induzem a querer comer independentemente da qualidade do alimento, pelo simples prazer de receber os “brindes”.

¹ Committee on Children's Television, Inc. et al., v. General Foods Corporation et al., L.A. Nº 31603, Supreme Court of California 35 Cal. 3d 197; 673 P.2d 660; 1983 Cal. LEXIS 266; 197 Cal. Rptr. 783 December 22, 1983. Disponível em: <http://banzhaf.net/docs/cereal.html>. Acesso em: 01/04/2009.

² Idem.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

Existe até um nome específico para o fenômeno: fator amolação.

Recentemente, uma pesquisa realizada nos Estados Unidos e publicada na [Medpage Today](#) mostrou que alimentos que trazem personagens conhecidos do público infantil em suas embalagens levam as crianças a “amolar” mais os pais para comprá-los.

O fator amolação, do inglês “nag factor”, é uma estratégia publicitária para induzir que os filhos peçam de modo insistente aos pais para que comprem os mais diversos produtos. A Western Media International, nos Estados Unidos, realizou até uma pesquisa, intitulada The Nag Factor, na qual ensina como as grandes empresas podem se utilizar da amolação das crianças para vender mais produtos. Segundo o estudo, de 20 a 40% das compras não teriam sido realizadas se a criança não tivesse pedido insistentemente para seus pais.

Os apelos infantis nas embalagens são utilizados amplamente por alimentos industrializados com baixo teor nutritivo e, em muitos casos, repletos de sódio, gordura saturada e gorduras trans. Por isso, uma das pesquisadoras responsáveis pelo estudo norte-americano, Dina Borzekowski não tem dúvidas: “Para lidar com a obesidade infantil, provavelmente será necessário limitar a quantidade de anúncios de comidas e bebidas à que as crianças estão expostas na TV e em outras mídias, já que isso deve diminuir a amolação infantil por alimentos não saudáveis”.

Hoje, as empresas chegam a gastar US\$ 10 bilhões por ano em marketing de alimentos nos EUA, segundo a matéria, que também levanta como os pais podem ligar com o “nagging”.³

Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil *Cartoon Network*, dentre várias outras constatações, concluiu que “o mais fácil de pedir e conseguir” é justamente o produto alimentício. De fato, 56% disseram que comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem “conseguidos” pelas crianças quando pedem aos adultos⁴.

Outra pesquisa realizada pelo canal de televisão também especializado em programação infantil *Nickelodeon* apresenta semelhante resultado, colocando os alimentos infantis, balas e doces, alimentos em geral e *fast foods* como alguns dos produtos a respeito dos quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo, inclusive, as suas marcas⁵.

³ fonte: <http://www.consumismoeinfancia.com/06/09/2011/o-fator-amolacao-e-o-uso-de-personagens-infantis-em-embalagens-de-alimentos/>

⁴ Pesquisa “*Cartoon Network Kids Experts*”; fonte: Pesquisa CN.com.br; ano: 2007.

⁵ Pesquisa “10 segredos para falar com as crianças (que você se esqueceu porque cresceu!)”; fonte: *Nickelodeon Business Solution Research*; ano: 2007.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

Por óbvio não se está querendo isentar os pais de suas responsabilidades no tocante a alimentação de seus filhos. Todavia, no caso em discussão, é nítida a estratégia da apelada em se valer dos pequenos para que influenciem, de forma determinante, nas decisões de compra da família.

2 – crianças não tem experiência suficiente para diferenciar publicidade de realidade:

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

Numa perspectiva psicológica, leciona o professor de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de La Taille:

*“Não tendo as crianças de até 12 anos construído ainda todas as ferramentas intelectuais que lhes permitiram compreender o real, notadamente quando esse é apresentado através de representações simbólicas (fala, imagens), a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro e à ilusão”. (g.n).
 (...) é certo que propagandas podem enganar as crianças, vendendo-lhes gato por lebre, e isto sem mentir, mas apresentando discursos e imagens que não poderão ser passados pelo crivo da crítica”.* (g.n).”

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

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

3 – o Código de Defesa do Consumidor veda a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

“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.” (grifos nossos)

A norma é suficiente para a autuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil, cabendo ao seu aplicador (PROCON na esfera administrativa e o magistrado na judicial) subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida.

Assim, se a sentença deveria partir, como afirmado, de premissas objetivas, claro está que desviou-se o magistrado de seu intento inicial ao decidir com base em premissas subjetivas, já que, no seu entender, crianças não fazem compras (subjetivo) e nem influenciam os pais na aquisição de produtos a elas destinados (subjetivo).

Toda a comunicação mercadológica e a publicidade criada para a divulgação do produto produzido pela apelada foi dirigida eminentemente ao público infantil, sem levar em consideração que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade enganosa e abusiva que envolva crianças.

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.

Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças não são capazes de compreender as técnicas de convencimento utilizadas pelo marketing e, tampouco, de se defender do seu caráter persuasivo.

É o que explica Noemi Friske Momberger :



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

*“Como as crianças não são auto-suficientes, não podem ser comparadas e tratadas da mesma forma que os outros consumidores, merecendo uma proteção especial por parte do legislador, **pois não possuem condições de entender o verdadeiro objetivo da publicidade que é a persuasão do consumidor, e nem conseguem se defender da publicidade abusiva dirigida especialmente a esta categoria de consumidores que representa 32% da população brasileira.** Simplesmente não se pode atribuir ou esperar que as crianças possuam a mesma capacidade de um adulto para tomar decisões e avaliar outros critérios subjetivos referentes à publicidade, pois ainda estão em fase de desenvolvimento.” (grifos nossos)*

A segunda premissa que, no entender do julgador elide a lesividade da conduta, é o fato de ter a apelada obedecido às normas do Código de Autoregulamentação.

O Código de Defesa do Consumidor adotou o controle misto da publicidade, que surge da composição do controle estatal, exercido pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, e do controle privado, realizado pelo Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária - CONAR, órgão colegiado criado por representantes de agências publicitárias, anunciantes e veículos de comunicação e que aplica as regras do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária⁶.

Este documento, elaborado com base em princípios éticos e morais e em consonância com a Constituição Federal e as legislações federais pertinentes, funda-se no comprometimento daqueles que, por vontade própria, aderiram a seus preceitos. Daí poder-se dizer que o CONAR não é um órgão imparcial.

Suas recomendações, embora devessem refletir as determinações do referido Código, estão influenciadas pela ótica do mercado publicitário.

A suposta aprovação do Conar à publicidade veiculada, não é suficiente para demonstrar sua não abusividade, vez que o órgão prima pela falta de lógica.

⁶ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 301-303.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

Basta verificar, e isso é fato notório, sua atuação na publicidade de cervejas. Durante anos, todos os produtores de cerveja usaram e abusaram da imagem da mulher para promover suas marcas. E, frise-se, usaram e abusaram de mulheres seminuas, com apelo explícito à sensualidade.

Eis que, de repente, sem qualquer lógica, retira do mercado publicidade de cerveja onde uma mulher, inteiramente vestida, oferecia, de maneira sensual, uma cerveja (Devassa). E o fez sob alegação de que a propaganda fere o direitos da mesmas mulheres, cuja imagem e sensualidade foi explorada à exaustão, durante anos e anos.

É o que se evidencia em grande parte dos julgamentos, em que os dispositivos do Código são interpretados de acordo com a ética do mercado, que não necessariamente leva em consideração os direitos dos consumidores.

E é a aprovação desse órgão que é utilizada pelo magistrado para julgar afastada a lesividade da conduta.

Psicólogos e educadores - profissionais com conhecimento de causa – reiteradamente alertam sobre as consequências lesivas do modo como boa parte da publicidade direcionada ao público infantil desrespeita o desenvolvimento da criança.

A opinião de publicitários acerca da questão, obviamente, visa defender os interesses da classe, ou seja, limitar a própria atividade significaria diminuir seus lucros. Principalmente no caso da publicidade ao público infantil, forte mercado desses profissionais.

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

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

E é neste contexto que a publicidade divulgada pela apelada deve ser analisada e julgada abusiva.

Não há dúvidas de que a publicidade do produto Gelatina Royal é direcionada ao público infantil e que o seu grande atrativo é justamente o uso dos personagens infantis da Turma do Bob Esponja, bem como as figurinhas consideradas brindes, além da promoção de jogos no website da autora, onde ao acessar o site é mostrada a publicidade referente à promoção “Gelatube Royal”.

A embalagem do produto está centrada na figura do personagem da marca o Bocão e em destaque observam-se os personagens licenciados da Turma do Bob Esponja, figuras estas que possuem forte apelo junto ao público infantil, levando a criança a se interessar pelo produto, não por sua qualidade, mas pela embalagem composta pelas figuras dos personagens que admira, bem como para participar da promoção no site Mundonick.com, onde além do apelo publicitário relacionando os personagens com o produto, a criança ao adquirir o produto acessa ao site e participa da promoção com a finalidade de adquirir os prêmios oferecidos.

As figurinhas constantes na parte interna da embalagem, colecionáveis, fazem com que as crianças queiram cada vez mais adquirir o produto, com a intenção de completar a coleção de figurinhas, incentivando o consumo desenfreado do produto, uma vez que as crianças vão consumir o produto sem ter a real necessidade para tanto, incentivando o consumismo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

Observa-se que da forma como a publicidade se mostra, as intenções da criança ao pedir aos pais para adquirir o produto são todas relacionadas aos personagens, brindes e a participar da promoção, passando longe a vontade de consumir o produto em si, qual seja, a gelatina, a qual passa para segundo plano, desvirtuando-se, assim, o princípio da publicidade propriamente dita, tornando-a abusiva.

A embalagem atrai o consumidor, no ponto de venda, induzindo-o a adquirir o produto. O efeito atrativo das embalagens, por suas dimensões lúdicas e afetivas foi pensado com o objetivo de gerar compras imediatas, as compras por impulso, já que os pais ainda caem nesse processo emotivo de atender aos pedidos dos filhos.

Assim, a título de exemplo, o consumidor ao ir ao supermercado com sua criança, deparando-se com o produto gelatina, um numa embalagem normal, sem personagens infantis e outra, colorida e com vários personagens do mundo infantil, certamente a criança ficará encantada pela embalagem do produto e pedirá aos pais que leve a gelatina do personagem “X” ao invés da gelatina sem indicação de personagem ou que esteja numa embalagem de cor mais branda.

Portanto, conclui-se que a embalagem é responsável por grande parte do interesse do consumidor sobre o produto disposto à venda e, tratando-se de produtos destinados também ao público infantil, não se pode admitir o abuso na publicidade, com o uso de artifícios mercadológicos como os constatados no caso em tela, em total afronta aos direitos das crianças e ao Código de Defesa do Consumidor.

Não há como concordar com os argumentos traçados pela autora em sua petição inicial, para justificar a embalagem de seu produto com tantos apelos mercadológicos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

É óbvio que tais produtos não são adquiridos diretamente pelas crianças, necessitando elas do intermédio de um adulto para aquisição da mercadoria anunciada ou acessar ao site para os jogos interativos, porém tal fato não interfere na capacidade de influência da publicidade voltada ao público infantil que atinge diretamente a criança no “desejo” de ter ou “participar” da promoção anunciada, como se deu no presente caso.

Na publicidade em tela, considerando o público-alvo infantil, a verdadeira razão da compra não era necessidade ou mesmo a qualidade desses produtos, mas sim a vontade das crianças em ganhar as figurinhas auto-adesivas, bem como participar da promoção em jogos do website.

Agindo assim, a apelada infringiu sim às normas protetivas do consumidor.

Logo, o caso em tela tão somente reflete o conceito de abusividade já arraigado em nossa sociedade.

Repita-se: não está em discussão a licitude ou não da publicidade infantil. O que a lei procura é resguardar o público infantil da publicidade abusiva, que aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência do público infantil para estimular a venda de produtos de forma desenfreada, o que demonstra sua abusividade e ofensa ao disposto no artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Se as gelatinas Royal estão ou não dentro dos padrões nutricionais, tal questão não afasta a infração, pois a autuação não se deu com base nos fatores nutricionais do produto, mas na abusividade da publicidade direcionada ao público infantil.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

A forma de divulgação do produto “gelatinas Royal” está longe de uma publicidade moderada e equilibrada e bem distante ainda da preocupação que se deve ter com as crianças no mercado de consumo, pois a abusividade da conduta resta patente, induzindo ao consumo desenfreado, induzindo a criança a consumir o produto não por suas qualidades nutricionais, mais pelos personagens, coleção de figurinhas e jogos, o que não se pode admitir.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor, ao coibir a prática de publicidade abusiva, age exatamente para resguardar os demais direitos garantidos constitucionalmente, sendo que no caso em tela busca-se resguardar os direitos das crianças, preconizados no artigo 227 da Constituição Federal e legislação correlata.

O próprio setor empresarial tem mostrado preocupação com a publicidade dirigida à criança. As empresas de bebida Coca-Cola e Pepsi, por exemplo, comprometeram-se a eliminar, até o final de 2008, o marketing de refrigerantes voltado para crianças. Outras empresas do mesmo setor também deverão endossar o novo código de marketing a ser divulgado pela associação setorial International Council of Beverage Associations (ICBA) .

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

O CONAR já decidiu que há abusividade em publicidades semelhantes a que ora se analisa. Como exemplo, citamos a Representação nº 205/07, sobre a promoção “É hora de Shrek”, relativa aos produtos alimentícios da linha “Gulosos” da marca Bauducco, em que o anúncio utilizava criança para vocalizar apelo ao consumo, no sentido de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

que bastava juntar 5 (cinco) embalagens de qualquer desses produtos, acrescidas de R\$ 5,00 (cinco reais), para trocar por um dos 4 (quatro) modelos diferentes de relógios exclusivos do filme “Shrek Terceiro”.

Neste caso, bem semelhante ao que aqui se discute, o CONAR entendeu que houve estímulo ao consumo excessivo, concedendo liminar para suspender a publicidade e, ao final, determinando sua sustação definitiva. Vejamos trecho do resumo do acórdão, julgado em setembro de 2007 :

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

Por fim, importante trazer à colação, acórdão recentíssimo do STJ, a respeito de publicidade dirigida ao público infantil:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS – Julgamento 10/03/16

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

(...)

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".

Recurso especial improvido

(...)

DO MARKETING ABUSIVO DIRIGIDO ÀS CRIANÇAS

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

(...)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA CONSUMIDOR

Dessa forma, irretocável o acórdão da origem, ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos a comprar determinados produtos que efetivamente não desejam. Sendo oportuno trazer à colação o opinativo do Subprocurador-Geral da República, in verbis: "Daí surge a correta, e oportuna, participação do INSTITUTO ALANA, e do Ministério Público Estadual, em defesa dos direitos das crianças, buscando preservar, in casu, os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da recorrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos " (fl. 1449, e-STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Ainda outro precedente:

Resp 1613561 (acórdão ainda não publicado) – julgamento em 16/05/17:

SEGUNDA TURMA - Ata da 16a. Sessão Ordinária Em 25 de abril de 2017 PRESIDENTE :

EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA :

EXMO. SR. DR. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO SECRETÁRIA : Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

Às 14:00 horas, presentes os Exmos. Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, HERMAN BENJAMIN, OG FERNANDES e MAURO CAMPBELL MARQUES, foi aberta a sessão. Lida e não impugnada, foi

aprovada a ata da sessão anterior. J U L G A M E N T O S (3654) RECURSO ESPECIAL Nº

1.613.561/SP (2016/0017168-2) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN RECORRENTE :

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : TATIANA DE FARIA BERNARDI E OUTRO(S) – SP166623 RECORRIDO : SADIA

S/A ADVOGADO : HENRIQUE JOSE DA ROCHA E OUTRO(S) - RS036568 INTERES. : INSTITUTO

ALANA - "AMICUS CURIAE" ADVOGADA : DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA - DF013121

ADVOGADA : MAYTA VERSIANI CARDOSO GALVÃO - DF026827 Sustentação oral: Dr(a). CRISTINA

ALVES TUBINO, pela parte INTERES.: INSTITUTO ALANA "A Turma, por unanimidade, deu

provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

No que tange ao valor apurado para fixação da multa, a conclusão foi de que a forma de apuração e o montante não padecem de qualquer vícios:

Demonstrado que a fundação pública aplicou multa segundo parâmetros fixados em normatização de caráter genérico, sem intuito persecutório, não entendo haver fundamento para a minoração do valor da sanção pecuniária. Ademais, a Portaria nº 26/2006, legislação em se funda a ré para a fixação da multa administrativa, foi considerada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, conforme ementa:

Ementa: CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada (Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, Relator(a): Roberto Mac Cracken, São Paulo, Órgão Especial.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA
CONSUMIDOR

3 - DO PEDIDO.

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, a legalidade dos critérios utilizados pela apelante para o arbitramento da multa que foi imposta e a proporcionalidade da pena à gravidade das infrações cometidas, seu correto enquadramento, e ao seu porte econômico, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão.

Diante de todo o exposto, requer seja dado PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO, para o fim de reformar a sentença, julgando subsistente o auto de infração, restabelecendo-se a multa aplicada, sob pena de negativa de vigência ao artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, majorando-se os honorários a serem arcados pela apelada, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, quinta-feira, 01 de junho de 2017

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081