



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
CONSUMIDOR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO

Processo nº 1043711-20.2016.8.26.0053

AÇÃO ANULATÓRIA

O PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, por seu Procurador infra-assinado, nos autos do processo em epígrafe que lhe move **KRAFT FOODS BRASIL SA**, vem, respeitosamente à presença de V.Exa., nos termos do artigo 335 do Código de Processo Civil, apresentar sua **CONTESTAÇÃO** pelas razões a seguir expostas:

1. DOS FATOS

Insurge-se a autora contra o auto de infração e imposição de multa nº 01920 série D8, processo administrativo 236/12, lavrados pela ré por afronta ao artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/90, onde recebeu, em contrapartida, sanção pecuniária, no importe de R\$ 458.240 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais), consoante artigos 56, inciso I e 57 § único, do mesmo diploma legal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

A conduta praticada consistiu em promover publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, colocando no mercado de consumo o produto Gelatina "Royal" por meio de publicidade composta por personagens licenciados da "Turma do Bob Esponja", além do personagem "Bocão" e em figurinhas que integravam as próprias embalagens, além de promoção veiculada através de *site* e jogos acessíveis via *internet*.

As figurinhas encontravam-se na parte interna dois saquinhos do produto, sendo tais figurinhas auto-adesivas e coleccionáveis.

Ante a estratégia mercadológica adotada para a promoção do produto, destinado ao público infantil, restou configurada a abusividade, em infração ao artigo 37 § 2º do CDC.

Inconformada, ajuizou a presente ação, visando à nulidade do auto de infração e do processo administrativo sancionatório que culminou na aplicação de multa.

A ação não procede. Conforme se verá adiante e com base em documentos do processo administrativo, a infração restou consumada e legitimou a Fundação PROCON, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescritos nos artigos 56, inciso I e 57, da Lei 8.078/90, a aplicar sanção pecuniária razoável, com base em atos normativos expedidos com lastro na competência concorrente prescrita no art. 55 do mesmo diploma legal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

2. DA INOCORRÊNCIA DE NULIDADES. DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, TIPICIDADE, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Nada no procedimento administrativo levado a efeito pela ré indica que houve nulidade ou violação aos princípios orientadores dos atos administrativos. Vejamos:

2.1. Do devido processo legal.

O auto de infração inaugural encontra-se em perfeita consonância com o disposto no artigo 3º da Portaria 02/99 editada pela Fundação Procon, vez que contém “(...) a identificação precisa do acusado, o local de sua lavratura, a data e hora, a narração dos fatos que constituem a conduta infratora, a remissão às normas pertinentes à infração e à sanção aplicável, a assinatura do agente, o prazo e o local para a apresentação da defesa.”. Logo, contempla toda a formalidade exigida.

Outrossim, foram garantidos no processo administrativo o contraditório e ampla defesa, que foram exercidos de forma ampla e sem nenhuma restrição.

Vale dizer: a conduta infrativa foi suficientemente descrita e capitulada no auto de infração e dela a autora se defendeu de forma exauriente, tanto que apresentou defesa e recurso nos autos do processo administrativo e, posteriormente, ajuizou a presente ação. Daí conclui-se que a autora compreendeu correta e exatamente qual o conteúdo da pretensão punitiva da Fundação PROCON e contra ela tem se insurgido reiteradamente.

Portanto, descabe a alusão, mesmo que indireta, de inobservância dos princípios da ampla defesa e contraditório.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

2.2. Da motivação.

Quanto à alegação de violação ao princípio da motivação, melhor sorte não socorre a autora. Isto porque, as decisões administrativas condenatórias proferidas tanto em 1ª instância (fls. 615) quanto em 2ª instância (fls. 663) adotaram como relatório e razões de decidir as manifestações técnicas proferidas, respectivamente, às fls. 601/613 e 580/659 e acolhidas pela Assessoria Jurídica da Fundação-ré (fls. 614 e 660).

Sob tal aspecto, segundo o escólio Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da motivação “implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.¹

A motivação pode ser **prévia ou concomitante** ao ato² e não exige forma específica, podendo constar no corpo da própria decisão **ou em parecer jurídico ali reiterado e que dele passa a fazer parte integrante**, sem que haja vício formal que conduza à sua nulidade. (g.n.).

Nesse sentido, Maria Silvia Zanella di Pietro preleciona que “a motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante”.³

¹ *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 69.

² Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 69. No mesmo sentido Diógenes Gasparini. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

³ *Direito administrativo*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 83.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

No mesmo sentido Diógenes Gasparini: “A motivação deve ser explícita, clara, e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

A possibilidade da decisão administrativa fazer remissão a pareceres jurídicos que lhe antecedem é consagrada, também, pela legislação Federal e Estadual.

Confira-se o art. 50, §1º da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal:

CAPÍTULO XII DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. (g.n.)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

Regra idêntica vige no Estado de São Paulo. O art. 9º da Lei 10.177/98 expressamente autoriza a autoridade administrativa a fundamentar suas decisões mediante remissão a parecer anterior, que passa a dele fazer parte integrante:

Artigo 9.º - A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada.

Parágrafo único - A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos. (g.n.)

Sobre a possibilidade de reiteração, na decisão administrativa, de pareceres anteriores que lhe confirmam fundamentação, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO. ADVOGADO DO ACUSADO. TERMO DE INDICIAMENTO. PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA. PARTE INTEGRANTE DO ATO DEMISSÓRIO. MOTIVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. DESNECESSIDADE. MEMBRO DA COMISSÃO. PRESIDENTE COM IDÊNTICO NÍVEL DO ACUSADO. DIREITO AO SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PERÍCIA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE QUESITOS E DE INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

(...)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

4. A autoridade julgadora pode acatar o parecer de sua Consultoria Jurídica, servindo aquele como elemento integrador do ato demissionário, sem que isso vicie o procedimento administrativo realizado.

(...)

(STJ, MS 8.496/DF, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, 10/11/2004, DJ 24/11/2004 p. 225).

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PARECER. FUNDAMENTAÇÃO DO ATO.

1. Apesar de conter enunciado opinativo, quando adotado, a sua fundamentação incorpora-se ao ato decisório editado pela autoridade, descabendo afirmar-se que está desmotivado. Em contrário pensar, no caso, seria exigir-se da autoridade administrativa superior que se esforce por dizer com palavras diversas a sustentação do parecer, se os entendimentos coincidem. Demais, o formalismo deve ser moderado.

2. Recurso sem provimento. **(STJ, RMS 12.517/RS, Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 23/09/2002 p. 224).**

O mesmo sucede no âmbito das decisões judiciais, onde também se admite que decisões se reportem a outras, sem que com isso haja violação ao princípio da motivação. Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ECONOMICO. CORREÇÃO MONETARIA DOS SALDOS DAS CONTAS VINCULADAS AO FGTS PELO IPC EM JANEIRO/1989. ACORDÃO RECORRIDO QUE SE REPORTA A OUTROS JULGADOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE (ART. 458, II, DO CPC): AUSENCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

I - A corte especial firmou orientação para que a correção monetária pelo período assinalado seja calculada pelo IPC, único índice capaz de alcançar a perda real da inflação.

II - O critério adotado pelo IBGE para aferir o percentual inflacionário no mês de janeiro/1989 destoou da prescrição legal ditada pelo art. 9., i e ii, da lei 7.730/1989. o percentual a ser aplicado e o de 42,72%, e não 70,28%, para o período de janeiro/1989 (Resp. 43.055-0/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo).

III - É válido acórdão fundamentado sucintamente em outros julgados devidamente identificados. e nulo somente aquele desprovido de motivação (art. 458, ii, do CPC). precedentes: Resp 44.710/SP, DJU de 24/03/1997; Resp 44.424/SP, DJU 07/04/1997; Resp 1.219/RJ, DJU 18/12/1989.

IV - Recurso parcialmente provido.” **(REsp 107992 / AC, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, T2 , data do julgamento 06/10/1997)**

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ECONÔMICO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 458, II DO CPC. CRITÉRIO DE REAJUSTE DOS SALDOS DO FGTS. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 83 DO STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE REPORTA A OUTROS JULGADOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRECEDENTES.

I) As questões relativas ao critério de reajuste dos saldos do FGTS e à prescrição já se encontram pacificadas no âmbito da 1ª Seção desta Corte no mesmo sentido do aresto recorrido. Aplicabilidade, "in casu, " da Súmula 83 do STJ.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

II) É válido o acórdão fundamentado em outros julgados devidamente identificados. Seria nulo apenas se ausente a motivação (art. 458, II do CPC). Múltiplos precedentes desta Corte.

III) Recurso especial conhecido, mas improvido. Decisão unânime.” **(REsp 162697/MG, Ministro DEMÓCRITO REINALDO, T1, data do julgamento: 06/08/1998).**

E, contrariamente ao que alude a autora, constata-se pela simples leitura das cópias juntadas aos autos que **a defesa e recurso administrativo apresentados foram minuciosamente analisadas pelas referidas manifestações técnicas**, as quais enfrentaram um a um seus argumentos.

Assim, o fato das alegações da autora não terem sido acolhidas pela ré, posto que não eram suficientes para afastar a configuração da infração, não possui o condão de eivar de nulidade o processo administrativo.

Inexistente, portanto, a alegada nulidade do auto de infração, devendo o mesmo permanecer íntegro.

3. DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL.

Toda a comunicação mercadológica e a publicidade criada para a divulgação do produto produzido pela autora foi dirigida eminentemente ao público infantil,.

Assevera a autora que não há ilegalidade nas campanhas publicitárias que envolvam crianças.

É fato.

Entretanto, o que desconhece a autora é que existe no ordenamento jurídico pátrio proibição à publicidade **enganosa e abusiva** que envolva crianças.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

A proteção da criança e do adolescente está prevista genericamente no artigo 227, *caput* da CF/88⁴ e de forma específica nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵.

No tocante ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor determina, no seu artigo 37, parágrafo 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal:

“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.”

⁴Art. 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.”

⁵ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e à juventude.”

“Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

“Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.”

“Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

“Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

“Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

A norma do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a autuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil, cabendo ao aplicador da norma (PROCON na esfera administrativa e o magistrado na judicial) subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida.

Esta 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 Momberger⁶:

“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.”

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.

⁶ A Publicidade dirigida às Crianças e Adolescentes - Regulamentações e Restrições, Porto Alegre, Memória Jurídica, 2002, p. 64.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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 preocupação com a publicidade dirigida à criança há anos vem sendo discutida em outros países do mundo.

- Na Alemanha, são proibidas as publicidades que tentam persuadir a criança a comprar um produto por meio de proposta direta.
- No Canadá, a mesma publicidade não pode ser repetida durante um programa infantil de 30 minutos. São proibidos apelos para fazer a criança comprar por meio de proposta direta.
- Na Finlândia, é proibido usar desenhos ou crianças conhecidos.
- Na Dinamarca, o uso de personagens de televisão é proibido para publicidades dirigidas a crianças.
- Na Grécia, é proibida a publicidade de brinquedos entre 7h e 22h e não há publicidades de brinquedos de guerra.
- No Reino Unido, personalidades de programas infantis não aparecem em publicidade antes das 21h e produtos baseados em programas de televisão não são mostrados antes ou depois do programa em questão.
- Na Suécia, é proibida a publicidade voltada para crianças de até 12 anos⁷⁰

Vê-se, portanto, que a preocupação quanto ao conteúdo da publicidade dirigida ao público infantil constitui preocupação global e referendada por profissionais das mais diversas áreas, não se tratando de “achismo” ou “entendimento subjetivo” da Fundação PROCON-SP como insinua a autora.

⁷ Reportagem da Folha *on line* Vitrine de 15/03/08: [HTTP://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/vitrine/vi1503200804.htm)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

A esse respeito, afirma ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN⁸:

“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.”

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).⁸

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:

⁸ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 344.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

“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.”

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**”.

Fazendo referência ao citado documentário, aponta o Instituto Alana (fls. 73/101 destes autos) que **“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.”⁹ (g.n).**

E é neste contexto que a publicidade divulgada pela autora deve ser analisada.

⁹ <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=8&pid=40>, Em 04/05/2001.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

4. DA INFRAÇÃO AO ARTIGO 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal, em seu artigo 227, *caput*¹⁰, estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade à criança e ao adolescente os direitos 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 e determina que as crianças e os adolescentes sejam protegidos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) regulamenta os referidos direitos, alguns deles comuns a todos os cidadãos e outros pertinentes só às crianças e aos adolescentes, e consagra o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a inviolabilidade de sua integridade física, moral e psíquica, especialmente nos artigos 4^o11, 5^o12, 6^o13, 7^o14, 17¹⁵ e 18¹⁶.

¹⁰ “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.”

¹¹ “Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e à juventude.”

¹² “Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

¹³ “Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.”

¹⁴ “Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

¹⁵ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”

¹⁶ “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

Prevê, ainda, no seu artigo 76, normas a serem seguidas pelas emissoras de rádio e televisão no tocante à programação, a fim de que se dê preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas que respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina a publicidade de forma específica, o que foi feito pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990), elaborado em razão do mandamento constitucional constante dos artigos 5º, inciso XXXII¹⁷ e 170, inciso V¹⁸.

No tocante ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor determina, no seu artigo 37, parágrafo 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal:

“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.”
 (grifamos)

¹⁷ “Art. 5º. (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

¹⁸ “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: (...) V - defesa do consumidor;”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Podemos perceber que a Lei nº 8.078/90 elencou, a título exemplificativo, algumas hipóteses de publicidades consideradas abusivas¹⁹, dentre elas, *aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e de experiência da criança*.

E o agente fiscal, em minudente análise da campanha publicitária promovida pela autora, a considerou como abusiva, posto que infratora do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, conforme restará demonstrado.

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 Esboja, 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”, conforme demonstrado pela Representação anexa.

A referida publicidade é abusiva pois 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 Esboja, 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.**

¹⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 339.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Conforme bem apontado na já citada representação do Instituto Alana (fls. 73/101), *“a embalagem do produto gelatinas Royal, na parte posterior, encontram-se jogos do tipo “Caça Sombra”, para que a criança possa escolher qual das sombras que aparecem no quadro realmente corresponde a do personagem em questão, constituindo-se em mais um atrativo para os pequenos”*.

Ademais, 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.

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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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. 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 autora infringiu sim às normas protetivas do 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 autora em se valer dos pequenos para que influenciem, de forma determinante, nas decisões de compra da família.

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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.

Ademais, o auto de infração em nenhum momento visa infringir as normas do CONAR, contudo, havendo indícios de infração às leis consumerista, o agente fiscal não pode se esquivar da autuação e, conforme observa-se na representação apresentada pelo Instituto Alana e diante de toda documentação anexa aos autos, bem como diante da análise das embalagens e telas do *site* anexas aos autos (fls. , observa-se que o método mercadológico adotado pelo autuado na publicidade das gelatinas Royal está em total afronta à legislação consumerista, pois resta clara a abusividade na publicidade dos produtos destinados ao público infantil.

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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Como é possível observar, todos os argumentos da autora não passam de mero inconformismo, sem fundamento legal, inexistindo provas capazes de tornar insubsistente o auto de infração.

Ademais, não há que se falar em cerceamento da liberdade de expressão do publicitário, pois em nenhum momento a legislação consumerista procura impedir a prática publicitária, mas pelo contrário, existe para impedir que abusos ocorram.

A liberdade de expressão, como um direito garantido constitucionalmente deve ser exercido em consonância aos demais direitos resguardados também pela Constituição Federal e legislação correlata. A liberdade no exercício de um direito não poderá ser ao ponto de aniquilar outros.

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.

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

É o fator amolação.

Tanto pedem e insistem que os pais, impotentes, vêm-se obrigados a satisfazer seus desejos, mesmo que a satisfação nada traga de importante para seu desenvolvimento.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Outra pesquisa realizada pelo canal de televisão também especializado em programação infantil *Nickelodeon (Nickelodeon Business Solution Research)* 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 marcas.

Comprovou-se, ainda, na pesquisa do *Nickelodeon*, que **os anunciantes fazem campanhas lúdicas e divertidas com o objetivo de “prender a atenção delas”**.

E, como alerta a pesquisa, “um bom personagem comunica mais que mil palavras”, que é o caso da “Turma do Bob Esponja” e o próprio personagem “Bocão”.

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 publicidade.

Essa é a razão para o “bombardeio” de publicidades de produtos alimentícios dirigidas às crianças, com conteúdo apelativo, que as induzem a querer comer ou simplesmente independentemente da qualidade do alimento.

Estudos ainda comprovam que a obesidade é maior entre as crianças que assistem à televisão. É o que afirma a psicóloga Susan Linn²⁰:

“Nos últimos 20 anos, os estudos dos pesquisadores descobriram o seguinte: a incidência de obesidade é maior entre as crianças que assistem à televisão por quatro horas ou mais diariamente, e menor entre as crianças que assistem por uma hora ou menos. As crianças em idade pré-escolar que possuem televisores em seus quartos têm maior propensão a problemas de

²⁰ Crianças do Consumo - A Infância Roubada, São Paulo, Instituto Alana, 2006, p. 128.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

peso do que as que não possuem. Mais de 60% da incidência de peso elevado em crianças entre 10 e 15 anos pode ser causada pelo excesso de exposição à televisão. Entre os adolescentes, a incidência de obesidade aumenta 2% para cada hora adicional de exposição à televisão. Para muitas crianças, a redução do tempo em frente à televisão reduz o peso.”

A prática também é proibida pelo Código Brasileiro de Auto-Regulamentação do CONAR, que, em seu Anexo H, item 1, dispõe que:

“1. Disposições Gerais - Além de atender aos preceitos gerais deste Código, os anúncios de produtos submetidos a este Anexo deverão: (...) d. **abster-se de encorajar ou relevar o consumo excessivo nem apresentar situações que incentivem o consumo exagerado ou conflitem com esta recomendação.**”
(grifos nossos)

Importante destacar que a autora pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda dos seus produtos (ou para escoar a produção dos produtos relacionados para a promoção). O que ela não pode é se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança como meio para conseguir o seu objetivo.

Porém, o aumento dos lucros não é - ou não deveria ser - um fim único. Ele está vinculado a outro maior, que é o interesse da coletividade em receber informação acerca dos diferentes produtos e serviços colocados no mercado de forma a exercer livre e conscientemente sua opção de consumo.

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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

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)²¹.

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 semelhante²².

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 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 2007²³:

“(…) 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, colecioner' configura incentivo ao consumo excessivo.** Por isso,

²¹ Conforme notícia publicada no jornal Valor Econômico, Tendências & Consumo, de 20.05.2008, sob o título “Coca e Pepsi deixarão de anunciar para crianças”.

²² Notícia publicada no jornal Folha de São Paulo, na versão eletrônica Folha.com, em 15.12.2010, sob o título “Cidades dos EUA proibem venda de Mc Lanche Feliz” (<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/845990-cidades-dos-eua-proibem-venda-de-mc-lanche-feliz.shtml>).

²³ Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 18 de junho de 2008.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

recomendou a sustação definitiva da peça, aceita por maioria de votos.” (grifos nossos)

Vale transcrever, ainda, as palavras do Presidente do CONAR Gilberto Leifert que, em audiência pública realizada no dia 30/08/2007, na Câmara dos Deputados²⁴, manifestou-se no sentido de que nenhuma mensagem publicitária deve ser dirigida às crianças:

“(…) Prossequindo, a autorregulamentação faz a distinção entre produto, consumo e publicidade. Estamos hoje aqui 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 destinatários da publicidade no Brasil**. Esse é o avanço incorporado pela autorregulamentação em 2006, e consideramos que de forma bastante satisfatória essa providência concorrerá para a formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. (...)” (grifamos)

O cuidado com a publicidade de produtos exigiu uma atenção especial também do CONAR, o qual corrobora o amparo legal do Código de Defesa do Consumidor e, recomenda que a comunicação de produtos dirigidos a crianças e adolescentes **respeite sua menor capacidade de discernimento**.

A adoção de métodos de informação publicitária que transmitam idéia diversa da realidade, certamente produz conseqüências, conforme ensinamento doutrinário a seguir:

²⁴ Audiência Pública nº 1388/07 realizada na Câmara dos Deputados, no dia 30/08/2007.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

“Na nova concepção a publicidade deixa a periferia do fenômeno jurídico e passa a integrar o privilegiado grupo dos institutos capazes de por em marcha a roda da responsabilidade, não só civil, mas também penal e administrativa”.²⁵

Promoções de venda agressivamente dirigidas às crianças e aproveitadoras da transferência para a decisão de consumo de alimentos das características dos brinquedos, abusam das limitadas, por ainda não amadurecidas, capacidades cognitivas das crianças.

No mesmo fluxo, expôs a representante da Agência Nacional de Defesa da Infância – ANDI²⁶, Isabela Vieira Machado Henriques, em debate na Audiência Pública nº 1388/07 sobre publicidade infantil: “**a publicidade voltada ao público infantil é intrinsecamente abusiva**. E tal ocorre porque, para a publicidade consiga vender e fazer com que a criança seja convencida de que aquele produto ou serviço é bom, convencê-la a querer aquele produto, ela **se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança**”. (g.n).

Acrescentou a Sra. Isabela, citando a publicitária Magy Imoberdorf: “**As maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda**”. (g.n).

Por sua vez, no mesmo evento, considerou a presidenta da sessão, a deputada Maria do Carmo Lara:

“Devido aos efeitos que a publicidade causa na mentalidade das crianças, os pesquisadores dos Estados Unidos defendem que a publicidade deve ser restringida e proibida. **De acordo com os pesquisadores, a política fundamental gira em torno da Justiça**. Eles lançam as seguintes questões:

²⁵ “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 217. (grifos nossos)

²⁶ Isabela Vieira Machado Henriques – Coordenadora do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. Audiência Pública nº1388/07 de 30/08/2007. Texto taquigrafado pelo Departamento de Taquigrafia e redação da Câmara dos Deputados.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

É justo permitir que o público infantil seja alvo dos anunciantes?

É justo permitir que a publicidade seja dirigida ilimitadamente às crianças, ou seja apropriado impor alguns limites?

Exige a Justiça uma proteção especial para restringir certos tipos de estratégias de publicidade dirigida às crianças?

Afirmam ainda os pesquisadores que, para que a publicidade dirigida à criança não seja considerada abusiva, a criança deve possuir 2 chaves de conhecimentos ou de habilidades. A primeira é que ela **deve ser capaz de distinguir razoavelmente entre um programa e um comercial. Se a criança não consegue estabelecer essa diferença, toda e qualquer publicidade é considerada abusiva.** A segunda é que **ela deve ser capaz de reconhecer a intenção persuasiva dos anunciantes, dos fabricantes e das emissoras de televisão para vender o produto com objetivo final de lucro. Se a criança não possui esse discernimento, toda e qualquer publicidade é abusiva e deve ser proibida.**”
(g.n).

Desse modo, patente a infração ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

5. DO VALOR DA MULTA APLICADA

No que tange ao valor apurado para fixação da multa, alegou a autora que o referido valor deve ser reduzido em consideração aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Contudo, tais argumentos não procedem.

O Código de Defesa do Consumidor determina que existindo infrações a algum de seus dispositivos, o infrator ficará sujeito às sanções do art. 56, que dispõe:

Art. 56 – As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I- multa; (...)

Por sua vez, a multa é disciplinada pelo art. 57 da lei 8.078/90 que dispõe:

Art. 57 – 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.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

A própria lei traz os valores máximos e mínimos da sanção, além dos elementos que deverão ser observados em sua aplicação.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Neste aspecto, a Fundação Procon São Paulo para tornar público e dar transparência aos critérios adotados para fixação dos valores das sanções pecuniárias, entendeu por bem publicá-los por meio de portaria, no caso a anterior Portaria Normativa do Procon n. 26, com a redação dada pela Portaria n. 33/2009, disciplinando a aplicação destas sanções e quantificando o valor da multa à qual ficará sujeito o fornecedor infrator das normas consumeristas.

Desta forma, utilizou-se da razoabilidade e proporcionalidade, bem como dos elementos legais para realizar o cálculo da multa, isto é, (i) considerou a condição econômica da autora, a qual foi estimada, uma vez que ela não apresentou os documentos comprobatórios e (ii) a gravidade da infração (grupo III). No que tange à vantagem auferida, no caso, não foi considerada tendo em vista que não é possível sua apuração (fls. 520) – vale informar que caso fosse possível apurar qualquer vantagem em razão das condutas infrativas o valor da multa seria mais elevado. Por isso, também não prevalece a alegação da autora acerca da “impossibilidade de auferir vantagem”, haja vista que nem é levada em consideração a vantagem auferida no cálculo da multa.

Portanto, a fixação do valor da multa, conforme demonstrativo de cálculo, acostado às fls. 520, demonstrou adequação aos ditames legais da individualização da pena, bem como confirmou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que seu montante não se mostrou ínfimo, incapaz de desestimular a reiteração de condutas lesivas, nem excessivo, a ponto de inviabilizar a atividade econômica. Não há, portanto, como considerar as alegações da autora, estando demonstrado o respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, na definição do valor da multa a Fundação Procon/SP se valeu exclusivamente de critérios legais, conforme mencionado acima, previstos nos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, operacionalizados por meio da Portaria Procon n. 33/2009.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

5.1. DAS PORTARIAS NORMATIVAS EDITADAS PELA FUNDAÇÃO PROCON – LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

O Código de Defesa do Consumidor considera como prática infracional diversos fatos, dos quais a lei não fez qualquer classificação, estabelecendo apenas que a multa seria graduada de acordo com a gravidade de cada conduta.

Assim, ao administrador público coube sopesar a gravidade de cada infração no momento da fixação da pena, nada impedindo que ele dispusesse, de antemão, como seriam considerados os diversos fatos.

A atual Portaria Normativa nº 45/2015 (nos mesmos termos da Portaria Normativa n. 33/2009) apenas relacionou os tipos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor e os dividiu em quatro grupos de acordo com a política de prevenção da Fundação Procon/SP.

Os critérios pelos quais são fixados os valores das penas de multa são minuciosamente explicados na referida Portaria, especialmente em favor dos próprios autuados, que tem condições de saber como cada fato ilícito previsto no CDC é tratado.

Por óbvio, não se trata de criação de direito novo. A ré tão somente tornou público – e transparente - como aplica a sua política de prevenção às práticas infracionais.

Nesse sentido:

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. (...)**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR

Portanto, incabível a alegação de qualquer ilegalidade da anterior Portaria Normativa Procon n. 26/06 (com alteração da Portaria Normativa Procon n. 33/2009), tendo em vista que seu objetivo fora enquadrar as faltas e, não fixar normas.

5.2. DA REDUÇÃO DA MULTA

De qualquer forma, a redução judicial do valor da multa, ofende não só os já mencionados artigos 56, I, e 57, *caput* seu parágrafo único, da lei 8.078/90 como também extrapola o limite imposto pelo artigo 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 autora e sua quantificação. Isso porque compete exclusivamente à administração pública a determinação do valor da penalidade, o que não se confunde com controle judicial da legalidade dos atos administrativos.

Da mesma forma, eventual determinação de recálculo da multa, além de afrontar o princípio da separação dos poderes, mostrar-se-á medida inócua. Como a Fundação PROCON deve estrita obediência aos comandos contidos no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor e às Portarias que edita, os critérios que serão utilizados no recálculo determinado serão exatamente os mesmos que redundaram no valor originalmente imposto à autora. **Ou seja, efetivado o recálculo, o *quantum* da multa continuará o mesmo.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA
 CONSUMIDOR

6. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, configurada a prática infrativa, a legalidade dos critérios utilizados pela Fundação PROCON para o arbitramento da multa e a proporcionalidade da pena à gravidade das infrações e ao porte econômico da autora, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão, e tampouco a concessão de tutela antecipada e requer a ré total improcedência da ação, condenando-se o autor nos consectários da sucumbência.

Requer, ainda, 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 **VINÍCIUS JOSÉ ALVES AVANZA**, OAB/SP 314.247. Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Nestes termos
 P. Deferimento.

São Paulo, 05 de janeiro de 2017

PASQUAL TOTARO
 Procurador do Estado
 OAB/SP Nº 99.821