



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DE SÃO PAULO.

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº. 1001885-82.2014.8.26.0053

REQUERENTE: PANDURATA ALIMENTOS LTDA.

REQUERIDA: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP.

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR –
PROCON/SP, pela Procuradora do Estado subscritora, nos autos da ação proposta por
PANDURATA ALIMENTOS LTDA, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., oferecer
contrarrazões de apelação, requerendo sua juntada aos autos para apreciação pelo Eg.
Tribunal "ad quem".

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 02 de março de 2016.

TATIANA DE FARIA BERNARDI

Procuradora do Estado

OAB/SP Nº 166.623



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

APELANTE: PANDURATA ALIMENTOS LTDA.

APELADA: FUNDAÇÃO PROCON – SP.

Egrégio Tribunal,
 Colenda Câmara,
 Eméritos Julgadores!

I – Síntese do processado:

Pretende a Apelante a anulação do Auto de Infração n.º00572, do Processo Administrativo n.º 1087/11, lavrado por infração ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Descreve o auto de infração impugnado que a Apelante veiculou comercial televisivo da Promoção "Bichinho dos Sonhos", dirigida ao público infantil, e que permitia a aquisição de um bicho de pelúcia que se transformava em travesseiro, mediante a compra de 5 (cinco) produtos por ela comercializados, mais o pagamento de R\$ 9.99 (nove reais e noventa e nove centavos).

Como se verá em maiores detalhes adiante, a propaganda em questão transmitiu às crianças a ideia de que os "bichinhos dos sonhos" eram mecanizados, prevalecendo-se de sua credulidade para fomentar a participação da promoção, incorrendo em ofensa ao artigo citado.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

Com o objetivo de afastar a pena que lhe foi imposta, ajuizou a ação em epígrafe, julgada improcedente.

Para assim decidir, o MM. Magistrado "a quo" considerou que a publicidade, na forma como foi veiculada, "fez com que a criança acreditasse que os 'bichinhos dos sonhos' possuíam função mecânica e se movimentavam tal como no comercial, o que não ocorre na realidade", concluindo pela caracterização da infração.

Entendeu, ainda, que a sanção foi calculada de forma correta.

Ainda inconformada, interpôs recurso de apelação, repisando suas teses iniciais, assim resumidas:

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

Sustentou, ainda, a nulidade da r. Sentença por cerceamento de defesa e pugnou pela diminuição dos honorários advocatícios fixados.

A r. Sentença não merece reforma.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

II – Inocorrência de cerceamento de defesa.

Antes da análise do mérito, é necessário afastar a pretendida anulação da r. Sentença por cerceamento de defesa, como pretende a recorrente.

Narra a Apelante que embora tenha manifestado a intenção de produzir prova pericial, o MM. Magistrado "a quo" julgou antecipadamente a lide, prejudicando sua defesa.

Em outras palavras defende a Recorrente que a decisão do Julgador pelo julgamento antecipado cerceia a defesa da parte e que, portanto, estaria o julgador obrigado ao deferimento das provas requeridas, ainda que desnecessárias.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que a decisão que indefere a produção de provas, desde que fundamentada, não configura cerceamento de defesa, destacando-se, dentre inúmeros precedentes:

"Ao julgador é dado apreciar o pedido formulado com base em provas que entender suficientes para a formação de seu convencimento, não havendo, portanto, indícios de nulidade processual na espécie 3. Segundo a jurisprudência do STJ, "cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do CPC . Assim, não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental" (AgRg no AREsp 336.893/SC, Rel.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/9/2013).

Não consubstancia cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, isoladamente considerado, na hipótese de o magistrado, destinatário das provas, considerar despicienda a produção de outras provas. Resp 1065397-MT.

Como se verá adiante, a constatação das infrações restou documentalmente demonstrada, de forma que o conjunto probatório coligido aos autos foi suficiente para a decisão. Basta assistir o vídeo com a campanha publicitária para se constatar que nela as pelúcias tem movimento, enquanto na realidade não tinham, sendo desnecessária a opinião de qualquer perito para tanto.

Nesse sentido, anota THEOTONIO NEGRAO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVEA, em Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor (42ª Ed., pg 247, na nota 1b ao artigo 130):

Art. 130 – 1b: No sentido de que, sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. (JTJ 317/189 (AP 964.735-0), RJM 185/213 (AP 1.0313.07.219415-9/001)."

"A prova requerida pela apelada mostra despicienda, ante o conjunto probatório colhido nos autos.

Desse modo, se a prova colhida nos autos se destina ao juiz para a formação de sua convicção, e, se esta produção de provas se reputa desnecessária, tem ele poder para efetuar o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, não havendo, assim, se falar em



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

cerceamento de defesa, e necessidade de produção de prova pericial ou testemunhal.”

Apelação 0040918-72.2009.8.26.0053.

Portanto, a alegação de nulidade da r. Sentença não passa de mera irresignação com o resultado do julgamento.

III – Quanto ao mérito:

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

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

A defesa do consumidor é cláusula pétrea, inserida no rol das garantias individuais do artigo 5º, da Constituição Federal, enquanto a proteção da criança e do adolescente está prevista, genericamente, no artigo 227, caput, da CF/88¹, e de forma específica nos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 ddo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No tocante a publicidade dirigida ao público infantil o artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, proíbe a publicidade que se aproveite da

¹ “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.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

deficiência de julgamento e experiência da criança, considerando-a abusiva².

E a proteção especial se dá justamente porque a criança ainda está em desenvolvimento não sendo capaz de tomar decisões ponderadas quando colocada diante de uma publicidade, que, na maioria das vezes, ela nem identifica como tal.

É o que explica Noemi Friske Momberger³:

“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.”

No mesmo sentido:

“As crianças e os jovens são muito vulneráveis à publicidade porque não têm formada ainda uma mentalidade crítica e nem a capacidade de discernir a verdadeira mensagem que a publicidade está transmitindo. Ao mesmo tempo o público infantil e jovem aumenta e representa cada vez mais uma importante fatia do mercado de

²Art. 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.”

³ 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
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

consumo. O interesse empresarial nesses consumidores aumente em equivalência ao poder de compra dos mesmos e assim, novas técnicas para com eles se comunicar são desenvolvidas baseadas em pesquisas e métodos de investigação.

No Brasil o grande número de publicidade destinada às crianças de até 14 anos demonstra a acirrada concorrência das empresas pela conquista desse mercado que já representa 40% da população brasileira. E nos Estados Unidos, anualmente, 30 mil campanhas publicitárias são lançadas na conquista desse público." (O dano moral coletivo na publicidade dirigida a menores, Igor Rodrigues Britto)

Tramita na Câmara dos Deputados, inclusive, o Projeto de Lei 5921/01 que acrescenta ao artigo 37, o § 2º, proibindo toda publicidade destinada ao público infantil.

No âmbito do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, há diversas recomendações para a veiculação de campanhas destinadas ao público infantil, valendo destacar o capítulo II de seu Código de Ética, intitulado como "Honestidade" e que assim prevê:

Art. 23. OS anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade."

No Direito comparado, a atividade de regular e fiscalizar a publicidade que envolve os menores varia de acordo com a cultura de consumo e com o grau de envolvimento com o mercado de consumo de cada país.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Porém, há unanimidade na afirmação de que o menor merece uma consideração especial nesse tema, o que se conclui da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (JHUALLY, 1990, p. 46), ao estabelecer que ele deve ser "livre de exploração prejudicial a qualquer aspecto do seu bem-estar" e nos projetos político-legislativos da União Européia (anexo V)

O que importa no presente momento é a verificação de que as normas internacionais reconhecem como premissa inicial de seu controle que a publicidade é ilícita quando se aproveita da inexperiência e da credulidade da criança:

- Suécia e Noruega proíbem qualquer anúncio comercial destinado a menores de 12 anos (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p.65).
- Portugal: devem ser observadas a "não exploração da credulidade dos menores" (SIMÃO JOSÉ, p. 115).
- Inglaterra: o público consumidor menor de 15 anos é merecedor de proteção especial (OFCOM, 2009);
- Província de Quebec: proibida a publicidade para menores de 12 anos (Quebec Consumer Protection Act – MOMBERGER, 2002, p. 86).
- Canadá: controle da publicidade para menores de 12 anos por um sistema misto, em que as entidades públicas se guiam pelas regras implementadas pelas entidades de auto-regulamentação.
- Alemanha: os programas infantis não podem ser interrompidos por publicidade.
- Dinamarca: proibida a inserção de anúncios publicitários cinco minutos antes e depois de programas infantis (CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 64-66)

E a ação de todos esses os países decorre de pesquisas que demonstram o forte impacto da publicidade no público infantil. Isto é, todas levam em conta o denominado "fator amolação" (do inglês "nag factor" ⁴) utilizado por grandes corporações como estratégia para vender mais produtos!

Pesquisa realizada pela Interscience demonstrou que o fator que mais influencia o consumo (70%) é a propaganda na TV.

Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado Cartoon Network, dentre várias outras constatações, demonstrou que 56%

⁴ -Estratégia publicitária para induzir que os filhos peçam de modo insistente aos pais para que comprem os mais diversos produtos



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

das crianças responderam que o mais fácil de pedir e conseguir é justamente o produto alimentício.

A pesquisa realizada pelo canal de televisão Nickelodeon (Nickelodeon Business Solution Research) apresenta as conclusões na forma de “10 segredos para falar com as crianças – Que você esqueceu porque cresceu”.

Conclui que a partir dos 2 anos a criança já desenvolve forte sensibilidade ao produto e a partir dos 4 anos também à marca. Que são “peça chave na hora da compra” possuindo grande influência na compra de produtos como alimentos, brinquedos e fast food, elegendo inclusive a marca. Que adoram brincar e que “um bom personagem comunica mais que mil palavras”. Por fim, que para “prender a atenção delas” as campanhas devem ser lúdicas e divertidas, exatamente como a do réu. (anexo VIII)

Por fim, a pesquisa realizada pelo Datafolha aponta que a propaganda é um item de preocupação para os pais principalmente pelos pedidos que os filhos costumam fazer, em decorrência da mesma. E a maioria dos pais, 69%, afirmaram que são influenciados nas compras pelos filhos.

Não resta dúvida do impacto da publicidades sobre o público infantil e sobre a decisão de compra das famílias. Se assim não fosse, os fornecedores não investiriam em recursos de imagem, promoções e inovações destinadas a este público.

Ora, se a lógica é tão simplista – quem decide são os adultos, por quê veicular uma propaganda com forte conteúdo apelativo destinado à criança?

E, portanto, é neste contexto social e jurídico que foi feito o exame da promoção "Bichinho dos Sonhos" nos autos do processo administrativo.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

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

A Apelante veiculou, entre 17.08 e 21.10.2010, propaganda televisiva da promoção "Bauducco Bichinhos dos Sonhos" (gravação em CD juntada em Cartório).

A promoção assegurava a aquisição de um bichinho de pelúcia que se transformava em um pequeno travesseiro, mediante a compra de 5 (cinco) produtos da marca, mais o pagamento de um valor em dinheiro.

No comercial de televisão, uma criança executava a conhecida brincadeira "Morto ou Vivo", interagindo com as pelúcias da promoção.

Ao comando de voz da criança, as pelúcias se mexiam, levantando, deitando e transformando-se em travesseiros, sem qualquer ajuda da criança.

Assim, o comercial ressaltou a interação entre a criança e as pelúcias da promoção, que desempenhavam funções autônomas e não condizentes com a realidade.

Na forma em que foi veiculada a publicidade, a criança que era sua destinatária, não tinha como discernir que os "bichinhos dos sonhos" não eram equipados com nenhuma função mecânica e que os movimentos apresentados no comercial não ocorreriam na realidade, provocando uma visão distorcida de uma condição irreal, inexistente e virtual.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Em recente decisão, o MM. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, analisou justamente a disparidade entre as "funções" do brinde no anúncio e na realidade (uma mochila que adquiria vida própria no comercial). Destacam-se trechos da r. Sentença proferida nos autos do processo n.º 0044517-82.2010.8.26.0053 (g.n.):

"A pergunta que se deve fazer é: o que a criança vê e o que ela ouve, naqueles trinta segundos de exposição ao anúncio? Ela vê 'outras crianças e pré-adolescentes em um cenário fantasioso, onde, num suposto templo antigo, havia o consumo de diversas guloseimas.

Nesse cenário, em primeiro, as crianças são mostradas comendo os diversos doces e, depois, as mochilas adquirem vida e permitem que seja burlada a proibição de levar as gostosuras mostradas.

(...)

Completando, não é razoável supor que a criança estaria preocupada com a quantidade e o preço dos produtos ou com o fato de que teria que pagar "sete e noventa e nove". O que ela quer é ganhar a mochila 'animal.'

Identifica-se, pois, a abusividade, na medida em que a propaganda se aproveita da deficiência de julgamento e da experiência (limitada) da criança."

A indagação feita e respondida pela r. Sentença citada, merece destaque: "o que a criança vê e o que ela ouve, naqueles trinta segundos de exposição ao anúncio?".



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Nos tempos atuais, em que brinquedos são equipados com funções diversas, e de fato, existem pelúcias que repetem sons, reproduzem músicas, dançam, etc, é razoável afirmar que a criança exposta ao comercial em questão acreditou nas funções atribuídas aos "Bichinhos dos Sonhos".

Isso sem considerar o pensamento fantasioso próprio da infância, e que o artigo 37, § 2º, nomeou como "deficiência de julgamento".

Não há dúvidas de que a publicidade da promoção é direcionada eminentemente ao público infantil e que o seu grande atrativo é justamente a venda dos produtos "BAUDUCCO", atribuindo-se 6 (seis) diferentes versões de bichinhos. E aí reside a sua abusividade porquanto se vale da deficiência de julgamento e experiência da criança para conseguir vender os produtos que anuncia e atrair a atenção desse público-alvo.

A r. Sentença assim considerou:

"Referida publicidade, tal como veiculada, fez com que a criança acreditasse que os 'bichinhos dos sonhos' possuíam função mecânica e se movimentavam tal como no comercial, o que não ocorre na realidade.

A alegação de que havia advertência, na peça publicitária, de que os 'bichinhos não falam nem se movimentam sozinhos, conforme sítio de internet', não afasta a abusividade, posto que evidentemente divulgada sem o mesmo espaço que o conteúdo principal.

Conclui-se, assim, que a autora aproveitou-se da deficiência de julgamento e da experiência limitada das crianças, no claro intuito de induzi-las ao consumo das pelúcias, seja mediante a compra de produtos Bauducco, seja separadamente.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Note-se que ao contrário do defendido na inicial, é evidente que a propaganda tinha como público alvo as crianças, até mesmo pela natureza da brincadeira sugerida no anúncio".

É certo que as crianças são fracas em face das fortes e calculadas práticas comerciais, como a aqui tratada, e que tais promoções como a dos "Bichinhos dos Sonhos" magnetizam as crianças em virtude dos brinquedos ou quaisquer outros produtos "encantadores" e as induzem ao consumo e, cada vez mais, são intrusivas no âmbito íntimo das relações familiares.

Nesse sentido, ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁵:

"A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários. A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em conseqüência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de uma certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo. (...) O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados."

⁵ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 343-344.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

É evidente que o comercial da promoção "Bichinho dos Sonhos", independente de boa ou má-fé da anunciante, atingiu as crianças pequenas, aquelas que poderiam se interessar por animais de pelúcia, gerando expectativas e fantasias, infringindo a regra legal.

No sistema de defesa do consumidor, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, não se perquirindo seu elemento intencional para a caracterização das condutas.

Outro ponto que deve ser considerado é que não está a Apelante impedida de utilizar a publicidade para fomentar suas vendas. Tampouco há impedimento ao exercício de sua atividade econômica ou livre concorrência.

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

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

Assim sendo, a proteção constitucional do consumidor legitima todas as medidas de intervenção estatal necessárias para assegurar seus direitos, sem que tal fato viole o direito à livre iniciativa, e a leitura do dispositivo citado deve ser feita de em conjunto com as demais regras que regem o assunto.

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

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

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

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

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

O comercial da promoção "Bichinho dos Sonhos" utilizou de recursos que misturaram realidade e fantasia sem transmitir a criança a verdadeira noção do brinde oferecido, prevalecendo-se do pensamento imaginativo próprio da criança, inculcando-lhe expectativas que não seriam concretizadas, tudo para aumentar as vendas dos produtos da promoção.

As pelúcias utilizadas são visualmente atrativas e sedutoras, porém esse poder de atração está intimamente ligado à capacidade infantil de acreditar nos movimentos – que na realidade eram efeitos especiais, apropriando-se o Autor de um atributo natural da criança para comercializar mais produtos.

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

IV – Da aplicação da multa:

A aplicação de sanções no âmbito administrativo decorre do poder de polícia atribuído aos órgãos da Administração. Trata-se de ato administrativo de cunho punitivo que deriva do império do Poder Público sobre o interesse do particular, observado o princípio da legalidade prescrito no art. 37, caput, da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, por força do art. 3º, XI, da Lei Estadual 9.192/95, à Fundação PROCON compete o exercício do poder de polícia para fiscalizar o estrito cumprimento pelos fornecedores de produtos e serviços das normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, as penalidades e seus limites qualitativos são fixados pelo art. 57 do CDC, que estabelece os seguintes critérios



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

para fixação da pena de multa: gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor.

Estes são, portanto, os parâmetros legais a serem observados, cumulativamente, pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo.

Para dar concreção e transparência aos conceitos abertos contidos no art. 57 da Lei 8.078/90, a Fundação PROCON editou a Portaria n.º 26/06.

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

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

Portanto, sobre a possibilidade de aplicação da multa com base em tais Portarias e a legalidade destas, não existe mais discussão.

Não há que se falar assim, em falta de motivação na quantificação da penalidade, já que se baseou nos critérios públicos estabelecidos pela Lei n° 8078/90 e pela Portaria 26/06.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

Resta analisar como foram sopesados tais critérios no caso dos autos.

A pena base foi fixada em R\$ 356.240,00, conforme demonstrativo de fls. 92 dos autos judiciais.

Para fixação da pena base foram considerados, apenas, o porte econômico da Autora e a gravidade da infração. Nada foi acrescido a título de vantagem obtida com a conduta, beneficiando a Apelante.

O art. 32, §1º, da Portaria Normativa Procon nº26/06 (com nova redação dada pela Portaria Normativa Procon nº 33/09), dispõe sobre os critérios de apuração da condição econômica do ofensor.

A receita mensal bruta do fornecedor referente, de preferência, aos três meses contemporâneos à infração, constitui a base de cálculo do valor da multa, critério que já é utilizado por outras normas para distinção do porte econômico de empresa (Lei n.º 9.317, de 05.12.1996, e no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei n.º 9.841, de 05.10.1999).

Um dos objetivos da pena pecuniária é desestimular os infratores, e se a multa tivesse valor irrisório, muito provavelmente o transgressor não se sentiria incomodado e o ato punitivo não atingiria seu fim – demovê-los da reiteração das condutas que afrontem o Código de Defesa do Consumidor.

É por isso que seu valor deve ser proporcional ao porte econômico da empresa, enquanto forma de tratar desigualmente os desiguais, corolário do princípio da igualdade material prescrito no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Neste sentido, a tese da requerente de que deveria ser considerado a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

renda com a venda das pelúcias afronta o artigo 57 do CDC, que expressamente se refere a condição econômica do infrator.

Portanto, este sim é um critério que afronta o princípio da legalidade, inovando com a criação de um parâmetro não previsto no artigo.

No caso dos autos, o faturamento da da Autora foi estimado, em face da sua recusa em apresentar quaisquer dos documentos comprobatórios listados no artigo 17 da Portaria:

- I – Guia de informação e apuração de ICMS – GIA;
- II – Declaração de arrecadação do ISS;
- III - Demonstrativo de resultado do exercício – DRE;
- IV – Declaração de Imposto de Renda;
- V – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro Empresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES

Note-se que os documentos são cotidianos para qualquer empresa de grande porte. Assim, sua não apresentação é sintomática, sugerindo que o faturamento real é maior do que o estimado.

A gradação da gravidade da conduta, por sua vez, seguiu os critérios prescritos na Portaria 26/06. Com base na análise do caso concreto e na lesividade da conduta, a Fundação PROCON, no exercício do seu poder discricionário, enquadrou a infração no grupo III, numa graduação que vai de I a IV, haja vista o potencial ofensivo de cada conduta objeto da punição administrativa.

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

Nesse passo, a não constatação de vantagem não impede a aplicação da penalidade. Tal colocação deriva da falsa premissa de que os três critérios previstos no art. 57, caput, da Lei 8.078/90 são dependentes entre si, o que não é verdade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada à requerente é justa e decorre de flagrante afronta ao comando do art. 37, § 2º do CDC.

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

Por sua vez, a multa imposta não fere o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso porque seu quantum, compatível com o porte econômico da requerente, tem por finalidade gerar ressentimento financeiro em grau suficiente para ser capaz demovê-lo da reiteração da prática infrativa e educá-lo no sentido de que as regras de ordem pública prescritas na Lei 8.078/90 devem ser respeitadas. Tais princípios também devem ser encarados sob esta perspectiva, já que uma sanção em valor irrisório só contribuiria para a desmoralização da atividade fiscalizatória empreendida pela Fundação PROCON.

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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
 RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
 01152-000, SÃO PAULO-SP

V – Dos honorários advocatícios:

Alternativamente, pretende a Apelante a redução dos honorários advocatícios que foram fixados em 10% sobre o valor da causa, sob o argumento de que as peculiaridades da causa não autorizariam a fixação no patamar adotado pelo MM. Magistrado "a quo".

Para tanto, pediu a aplicação da regra do parágrafo 4º, do artigo 20 do CPC, cuja leitura, desde logo, afasta a pretensão:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 4º Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz atendidas as normas das letras a a c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

O § 4º é textual quanto às hipóteses em que os honorários serão fixados mediante a apreciação equitativa do Juiz:

1. Causas de pequeno valor ou de valor inestimável;
2. Causas em que não houver condenação, e
3. Causas em que for vencida a Fazenda Pública.

Nenhuma das hipóteses está presente no caso, aplicando-se,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCON-FUND .PROTEÇÃO DEFESA CONSUMIDOR
RUA BARRA FUNDA, 930, 1º ANDAR, SÃO PAULO - SP - CEP
01152-000, SÃO PAULO-SP

portanto, a regra do §3º, aplicado pela r. Sentença em seu mínimo (10%), não justificando a reforma.

Diante de todo o exposto, requer-se e aguarda a FUNDAÇÃO PROCON seja NEGADO PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. Sentença, por ser de Justiça!

São Paulo, 02 de março de 2016.

TATIANA DE FARIA BERNARDI
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 166.623