

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES GABRIEL NOGUEIRA DIAS FÁBIO NUSDEO CRISTINA DE CÁSSIA BERTACO

LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS FRANCISCO NICLÓS NEGRÃO RAQUEL CÂNDIDO CRISTIANO RODRIGO DEL DEBBIO YI SHIN TANG JOAQUIM DO AMARAL SCHMIDT THAÍS DE SOUSA GUERRA
HERMES NEREU DA SILVA CARDOSO OLIVEIRA
JULIANA LEVERARO DE TOLEDO PIZA
NATÁLIA DE LIMA FIGUEIREDO
DÉBORAH DE SOUSA E CASTRO MELO
PAULO HENRIQUE CAMARGO SOUZA
MARIA FERNANDA CASTANHEIRA SAAB
FERNANDA RIVIERA CZIMMERMANN

LEONARDO PEIXOTO BARBOSA

CONSULTORES ECONÔMICOS FÁBIO NUSDEO YI SHIN TANG FRANCISCO NICLÓS NEGRÃO

ANDRÉ DA CUNHA MICHELIN

## Ao llustríssimo Instituto Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/ES

### Dr. Igor Rodrigues Britto

Processo n.º 0115-021.726-2 Auto de infração n.º 0308-DC

PROCTER & GAMBLE DO BRASIL S/A

("P&G"), por seus advogados e bastantes procuradores, nos autos do processo administrativo epigrafado, instaurado a partir de representação formulada pelo Instituto Alana, vem respeitosa e tempestivamente à presença de V. Sas. apresentar **DEFESA ADMINISTRATIVA**, pelas razões que passa a expor.

Fis. N. 9 2 17 2 7 0 5 8 2 3 5 1 2 MARIE SUO

#### I. O auto de infração

1. Cuida-se de auto de infração instaurado por suposta infração aos arts. 6.º, IV, 37, §2.º e 39, IV, da Lei n.º 8.078/90, art. 14, §2.º e art. 22, IV, o Decreto n.º 2.181/97 ("utilizar-se de publicidade abusiva, aproveitando-se da deficiência de julgamento e experiência da criança, com intuito de impingir-lhe produtos e serviços").

2. Na origem, trata-se de representação formulada pelo Instituto Alana, voltada contra a campanha das pilhas DURACELL, e, mais especificamente, contra o emprego, na publicidade, do mascote "Bunny" – coelhinho que hoje, no mundo high tech, mostra-se quase vintage e que figura como ícone da marca há mais de 40 (quarenta) anos – e contra as vinhetas publicitárias da campanha "Pilhados", da qual ele – Bunny – participa.

3. Muitos méritos tenha o Instituto Alana, fato é que a representação, com o devido acatamento, vem calcada muito mais em ideologia do que em fatos. Mistura-se o que é com o que se quer fazer crer. Com efeito, preocupada em marcar sua posição político-ideológica contra toda e qualquer publicidade que possa conter elementos comuns ao universo adulto e infantil, o Alana investe contra a campanha tão somente porque (supostamente) empregaria personagens do universo infantil, sem apontar um único elemento que seria in concreto abusivo na publicidade.

4. Contudo, e conforme se verá a seguir em maior detalhe, a publicidade não é voltada ao público infantil e, ainda que pudesse também ser vista por crianças, pelo simples fato aludido pelo Alana de conter personagens — que, em verdade, apenas ilustram a aplicabilidade e durabilidade do produto, de forma divertida — fato é que o uso de tais recursos não está proibido no Brasil, nem mesmo mundo afora. A campanha da **P&G**, em especial, não apresenta absolutamente qualquer abusividade. **Claramente identificada como publicidade**, a campanha apenas transmite, de forma lúdica e divertida, para os pais que efetivamente exercem a compra do produto, informações corretas e verdadeiras sobre os atributos das pilhas DURACELL, notadamente quando utilizadas em brinquedos infantis.

Fls. N. 9 219

5. A campanha, ademais, não tem mensagem impositiva, não emprega linguagem inapropriada, não estimula o consumo desmesurado, muito menos endossa condutas perigosas ou antissociais. Cuida-se, assim, de publicidade adequada às características e atributos do produto e alinhada com as melhores práticas do Brasil e do mundo. Senão vejamos.

### II. QUESTÕES PRELIMINARES URGENTES

- a) Publicidade de âmbito nacional: matéria que extrapola a área de atuação dos Procons Estaduais
- 6. Como se sabe, os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor (SNDC) têm autonomia para fiscalização das relações de consumo apenas "em suas respectivas áreas de atuação e competência" (CDC, art. 9.º)¹.
- 7. Com efeito, para assegurar que não haverá conflito de competência e duplicidade de investigações em prejuízo do consumidor e do jurisdicionado o sistema se organiza de forma <u>escalonada</u>, observando "uma lógica razoável na distribuição das atribuições, de forma a compatibilizá-lo com os regramentos Constitucionais"<sup>2</sup>.
- 8. Destarte, havendo questão de âmbito municipal, a investigação é conduzida pelo Procon ou autoridade municipal. Envolvendo mais de um município, a atribuição se desloca para o Procon Estadual. Sendo o tema de âmbito nacional como a publicidade ora tratada a atribuição é específica do DPDC, conforme ressaltado pela Dra. **JULIANA PEREIRA**, Secretaria Nacional do Consumidor:

"Comércio – Uma reclamação de um consumidor em Franca pode ir parar no DPDC?

Juliana Pereira - Se um consumidor de Franca está com um problema é de competência do Procon da cidade. Se a mesma questão envolve mais de um município é o Procon estadual. O DPDC tem competência nacional como, por exemplo, problemas com telefonia, banco, cartão de crédito, plano de saúde, entre outros. A gente não trabalha com o atendimento ao consumidor."<sup>3</sup>

70582351

<sup>3</sup> (

¹ Por sua vez, o decreto 2.181/97 dispõe em seu art. 5º: "Qualquer entidade ou órgão da administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo (grifo nosso).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cf. TRF5, AC n.º 200105000416480, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho.

9. Assim, havendo mais de uma cidade ou mais de um estado envolvidos, a competência para apuração de (suposta) violação ao CDC sempre se desloca para o órgão hierarquicamente superior<sup>4</sup>. Havendo questão de âmbito nacional, a competência é então exclusiva do DPDC:

**APLICAÇÃO** CEF. **CONTRA** DE **MULTA** "SFH. PROCON-PB. INCOMPETÊNCIA DO ORGÃO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. irregularidades nas relações de consumo nos contratos do SFH assumem dimensões de ordem nacional, assim sendo, a competência para fiscalização e imposição de multas administrativas é da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Precedentes desta Corte."5

"SFH. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRA A CEF. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO MUNICIPAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. Incabível a aplicação de sanção pelo Procon/JP contra a CEF, no que se refere aos contratos de mútuo do âmbito do sistema financeiro habitacional — SFH, pois tal matéria deve ser analisada pelo sistema nacional de defesa do consumidor — SNDC. Destarte, quando as irregularidades nas relações de consumo tomam dimensões de ordem nacional, como a presente, resta afastada a competência dos órgãos municipais. Precedentes desta turma."

10. Ademais, com o devido acatamento, não é recomendável que cada Estado ou Município se disponha a interpretar, segundo seus próprios critérios, uma publicidade de caráter nacional, que deve ser uniforme em todo o país<sup>7</sup>. Com efeito, não é possível a publicidade ser tida como abusiva *per se* no norte, e lícita no Sul, sob pena de total desgoverno da atividade, em detrimento da segurança jurídica e da própria proteção aos consumidores.

11. É preciso lembrar, ainda a esse propósito, que todos os diferentes órgãos voltados à proteção do consumidor integram um único e mesmo

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Esse o entendimento de Edis Milaré: "Nas hipóteses em que as matérias envolvam problemas internacionais de poluição transfronteiriça OU DUAS OU MAIS UNIDADES FEDERADAS BRASILEIRAS, A COMPETÊNCIA SERÁ DO EXECUTIVO FEDERAL." (cf. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 264). Nesse sentido, ainda, Paulo Regis Rosa Silva. Repartição constitucional de competências em matéria ambiental. Revista do Ministério Público, n. 27. p. 198. Porto Alegre: Nova Fase, 1992.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Cf. TRF-5, REO n.º 200182000055374, Rel. Edilson Nobre.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Cf. TRF-5, AC n.º 271628/PB, Rel. Des. Francisco Wildo. Mais: "Civil. Processual civil. SFH. Procon. Desfazimento do contrato de mútuo e devolução ao mutuário dos valores das prestações pagas. Impossibilidade. Incompetência do órgão municipal. Nulidade do ato administrativo impugnado. Caixa Econômica Federal. Competência da Justiça Federal. Remessa oficial improvida." (cf. TRF-5, REOAC n.º 251926/PB, Rel. Des. Lazaro Guimarães).

<sup>7 &</sup>quot;A prática poderá nos levar para algumas situações certamente absurdas e insustentáveis, com imposição de sanções dessarazoadas e desproporcionais, bastando, para isso, imaginar situações de diversos Procons autuando pelo mesmo fato ocasionando um valor total de multa muito superior ao que seria razoável pela infração cometida pelo fornecedor" (cf. Vitor Morais de Andrade, Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor, Atlas, p. 138).

sistema, que, para operar adequadamente, <u>deve atuar de forma coordenada e coerente</u>. Deve haver, assim, uma unidade<sup>8</sup>, que exige de seus agentes uma harmonização em sua atuação concreta<sup>9</sup>. O que se almeja é que os órgãos de defesa do consumidor "possam agir de forma integrada e harmoniosa na busca dos objetivos especificados na legislação consumeirista"<sup>10</sup>, sendo essa integração essencial inclusive para "evitar posições contraditórias ou até mesmo duplicidade de ações diante da mesma violação a direito do consumidor"<sup>11</sup>.

12. A questão é tanto mais relevante pelo fato de que, no presente caso, não existe nenhuma particularidade local que justifique a instauração do presente processo administrativo perante esse c. Procon Estadual.

13. Aliás, nesse ponto, é até curiosa a escolha do Alana: o Instituto tem sede em São Paulo, a P&G tem também sede em São Paulo. A publicidade não foi veiculada só no Espírito Santo, nem existe qualquer diferencial nesse Estado em relação à campanha da DURACELL, a justificar um foro localizado distante da sede das partes em questão – denunciante e denunciada.

14. Contudo, a escolha do fórum (in)conveniente, aqui, é altamente problemática, pois (i) como dito, não existe atribuição desse c. Procon-ES para a apuração ora tratada; (ii) não existe, nem em tese, violação local específica ao consumidor do estado de Espírito Santo, e (iii) a instauração do processo neste foro onera desnecessariamente os interessados.

15. Note-se, ademais, que, nada obstante o tema subjacente à autuação seja altamente polêmico e fruto de discussão legislativa corrente, a própria nota de instauração <u>já se afirma certa quanto à suposta infração</u>, considerando abusiva *per se* a publicidade da ora representada com fundamento na Resolução 163 do CONADA<sup>12</sup> – o que, *data venia*, parece romper com a necessária imparcialidade nesses autos:

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Cf. Calus Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, Trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996, p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Cf. Fabio Konder Comparato, Autonomia do ministério público: iniciativa do processo legislativo, In Justitia, 60, 1999, p. 1122/1123.

<sup>10</sup> Cf. Leonardo de Medeiros Garcia, Direito do consumidor, Niterói, Impetus, 2009, p. 433.

<sup>11</sup> Cf. Benjamin Marques Bessa, Manual de Direito do Consumidor, RT 2007, p. 341/342.

<sup>12 &</sup>quot;Sendo a destacada Resolução [CONANDA] um texto mais detalhado, que completa a lei, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, a fim de garantir a sua exata e fiel execução, promovendo mais efetividade ao mesmo. (...) Evidenciada a prática infrativa, repudiada pelo Código de Defesa do Consumidor, conclui-se pela necessidade de lavratura de Autor de infração, pelo desrespeito aos artigos 6.º, IV, art. 37° e 39, IV, da Lei 8078/90 e Artigos 14, §2.º e 22, IV, do Decreto 2181/97"

"SUSPEIÇÃO – PREJULGAMENTO. O Juiz que ao despachar inicial de representação para apuração de irregularidades, fundamenta sua decisão admitindo expressamente a ocorrência das mesmas, profere prejulgamento, externando interesse em que a causa seja decidida de uma determinada maneira, tornando- se suspeito ante a ocorrência da hipótese do art. 135, V do CPC." 13

"Há impedimento de desembargador para relatar processo administrativo disciplinar instaurado em face de magistrado se, ao se manifestar também como relator na sindicância prévia à abertura do feito disciplinar, não se restringe a uma análise superficial e perfunctória das infrações imputadas ao recorrente, mas se pronuncia de forma conclusiva em desfavor do magistrado. Precedente." 14

16. Sendo assim, requer-se a imediata extinção do presente processo administrativo, tendo em vista a inexistência de atribuição desse C. Procon-ES para apuração local de suposta infração de âmbito nacional.

# b) inexistência de questão coletiva: reclamação pontual de uma única entidade interessada

17. Sem prejuízo do exposto, é sabido que o ilustre PROCON é um órgão voltado para a tutela dos direitos *transindividuais*. Embora auxilie em muito na resolução de questões individuais de consumidores, as atividades de fiscalização e, especialmente, as sanções administrativas estão voltadas para a dimensão coletiva da suposta infração<sup>15</sup>.

18. Na lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, os fenômenos adquirem dimensão coletiva "em razão do grande número de interessados

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> TJMG reconheceu o prejulgamento como causa de suspeição quando da decisão da exceção 1.0000.00.327540-1/000 cujo relator foi o *Des. Sérgio Braga*.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> RMS 19477/SP - Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

Nesse particular, o Código de Defesa do Consumidor é explicito no sentido de que a defesa coletiva será exercida apenas quando se tratar de (i) interesses ou direitos difusos, (ii) interesses ou direitos coletivos, ou (iii) interesses ou direitos individuais:

<sup>&</sup>quot;Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

l - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum." 223

e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do impacto de massa"<sup>16</sup>. Daí porque o interesse coletivo deve ser "a síntese dos interesses individuais e não mera soma, sendo necessário que haja uma alma coletiva"<sup>17</sup>. Para que possa se tornar alvo da atuação dos entes legitimados, pois, é preciso que a (suposta) infração efetivamente "inquiete a sociedade".

19. Contudo, no caso, em tela o auto de infração está fundado em uma única reclamação do Instituto Alana — cuja parcialidade para a questão, data venia, é notória — sem nenhum respaldo com percepção do mercado ou de seus consumidores. A mera insatisfação pessoal, episódica ou isolada, (o Alana, lembre-se, não é sequer uma associação de classe, mas apenas um instituto privado), no entanto, não é suficiente para provocar esse impacto coletivo, tal como, na feliz expressão de Cândido Rangel Dinamarco, uma andorinha não faz verão 18.

20. Por qualquer ângulo que se examine a questão, pois, não se justifica a lavratura do auto de infração, na medida em que, no caso, não há, nem mesmo em tese, questão coletiva envolvendo o CDC. Não há, ainda, sequer reclamações de consumidores envolvendo abusividade ou exploração da ingenuidade das crianças em razão do uso do coelho *Bunny*, e nem poderia mesmo ser diferente. O mascote – muito longe de se tornar um apelo abusivo às crianças – consiste em verdadeiro símbolo (nacional e internacional) de qualidade do produto, registrado como propriedade intelectual, e utilizado há mais de quatro décadas em mais de 20 países pela P&G como forma de identificação pelos consumidores de um produto de maior segurança e durabilidade. Vejamos.

Pis. N. 0 224



170 Baka

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro, p. 184

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Cf. Pedro Dinamarco, Ação civil pública, p. 56.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, Processo Empresarial, p. 290.

### III. DO MÉRITO: uma campanha absolutamente lícita

"Ainda que a publicidade busque sempre inflamar a vontade de compra, em persuasão dirigida à decisão e à ação de consumir, é certo que o público infantil, como regra, participa apenas no campo do fomento do desejo, já que a decisão e a compra (ação consumidora) estão concentradas na pessoa dos adultos (pais ou responsáveis dos menores). No caso não há, portanto, própria exploração de "deficiência de julgamento e experiência da criança." 19

### a) Do Arcabouço Jurídico válido e vigente em matéria de Publicidade Infantil

21. Antes mesmo de adentrarmos propriamente ao mérito dos argumentos trazidos pelo Instituto Alana – e que foram, ao que tudo indica, inopinadamente encampados no auto de infração – importa, desde logo, tecer algumas considerações sobre o arcabouço jurídico invocado.

22. Com efeito, em que pese todo o saudável e relevante debate sobre o tema da publicidade para crianças, o fato é que tanto a Resolução n.º 163 do CONANDA, invocada em tom paradigmático na representação do Instituto Alana, quanto a sua equivocada interpretação — de que qualquer publicidade/comunicação que se utilize de elementos que também possam ser do universo infantil, como personagens, restaria "ilegal" à luz do ordenamento jurídico, são, para dizer o menos, de lege ferenda e de alta indagação jurídica.

23. A esse propósito, é sabido que, no Brasil, a liberdade de fazer publicidade e/ou de veicular marcas e produtos – encontra proteção constitucional sob dois principais aspectos: (i) como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (art. 170, caput e parágrafo único, CF), e pela livre concorrência (art. 170, IV, CF); e (ii) pelo princípio da liberdade de expressão (arts. 5.º, IX e 220, CF).

10082351

170021/3-link 5-10

<sup>19</sup> Cf. TJSP, n.º Ap. 025180-44.2009.8.26.0053, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei. A liminar, neste caso, já havia sido indeferida, porque o Procon apresentou "apenas estudos genéricos acerca de campanhas publicitárias perniciosas ao público infanto-juvenil, mas, no caso, não há estudo ou laudo oficial específico algum, referente à avaliação concreta e determinada da campanha em foco, atestando o emprego de técnicas publicitárias ilícitas, antiéticas ou abusivas, ou potencial maleficio de ordem psicológica, educativa, nutricional ou material dela decorrentes" (TJSP, Al n.º 971.318-5/6-00, Rel. Des. Aguilar Cortez).

24. A Constituição Federal cuidou, assim, de conferir uma dupla proteção a essa atividade. À luz de sua fundamental função econômica, a publicidade alcança proteção constitucional por força dos princípios informadores da ordem econômica previstos no art. 170, quais sejam, a livre iniciativa e a livre-concorrência (caput e inciso IV, respectivamente)<sup>20</sup>, dispondo ainda no seu parágrafo único "ser livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

25. No caso específico da livre iniciativa, mais do que um princípio, foi elevada pela CF também a fundamento da ordem econômica (art. 170) e da própria República ao lado da valorização do trabalho (art. 1.º, IV), sendo certo, por conseguinte, que a proteção constitucional da publicidade a partir destas normas constitucionais dialoga com os pilares básicos da nossa ordem jurídico-social<sup>21</sup>.

26. A liberdade publicitária é, pois, decorrência direta da liberdade de expressão e informação (arts. 5.º e 220) e indissociável da livre iniciativa (CF, art. 170). Sendo assim, diante das relevantíssimas garantias fundamentais que a informam – liberdade de expressão, liberdade de iniciativa e de concorrência – resta claro que a liberdade publicitária somente pode ser restringida nos termos dispostos pela própria Constituição Federal.

27. Neste particular, o § 3º do art. 220 da CF, dispõe que compete apenas à lei federal "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente"<sup>22</sup>. E o seu § 4º, por sua vez, contempla o rol taxativo dos produtos que devem sofrer tais restrições legais.

<sup>20&</sup>quot;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: (...)
IV – livre concorrência".

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Assim, cf. Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, Publicidade e Direito, RT: 2013, p.34.

Em consonância com referidos dispositivos, o artigo 22, inciso XXIX da Carta Magna igualmente dispõe que a publicidade somente pode ser regulada por lei federal. Essa previsão encontra guarida, ainda, na própria interpretação sistemática da Constituição Federal, que reserva à lei federal a disciplina (a) do direito civil e comercial (art. 22, inc. I); (b) do comércio interestadual (art. 22, inc. VIII) - sabido que a publicidade e oferta de produtos hoje e cada vez mais se dão em âmbito nacional - e, ainda (c) das intervenções no domínio econômico (CF, art. 170).

28. Portanto, à <u>exceção</u> do *tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias* – para os quais o Legislador reservou de antemão a possibilidade de maiores restrições (CF, art. 220, §4º) – todos os demais produtos gozam de liberdade *a priori* para sua divulgação e publicidade, , desde que não se configurem *abusivas*.

29. Claro está, pois, que por expressa disposição constitucional, qualquer restrição à liberdade publicitária somente pode ser feita mediante edição de lei federal — e apenas para endereçar preocupações quanto a produtos que sejam potencialmente nocivos à saúde, vedado o banimento completo da publicidade qualquer que seja ela — para adultos ou crianças..

30. Assim, ainda que, em tese, se pudesse dizer que a presente publicidade, para além do seu efetivo público-alvo (adulto que realiza a compra) também atingisse de alguma forma a atenção da criança, apenas por conter elementos divertidos que objetivam unicamente ilustrar os atributos do produto, o fato é que o Código de Defesa do Consumidor, respeitando os ditames constitucionais, apenas proíbe a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança (art. 37, §2°), i.e., que se configure abusiva, conforme análise de caso a caso. Vale dizer, o simples fato de a publicidade conter personagem, ou apresentar o mascote da marca, não a torna per se abusiva como pretende fazer crer o instituto Alana.

31. Neste particular, cumpre advertir que o CDC não representa, à toda evidência, uma "norma em branco", a possibilitar a vedação de toda e qualquer publicidade ou comunicação mercadológica, ainda que possa alcançar, como dito, em tese, adultos e crianças durante sua exposição. Quisesse o legislador federal banir todo e qualquer tipo de publicidade que se utiliza de elementos comuns aos dois universos, como o são os personagens (sabendo-se que há adultos que gostam mais de personagens do que crianças), assim teria feito expressamente vis à vis as já mencionadas garantias constitucionais dos artigos 170 e 220 da CF acerca da liberdade comercial e de informação.

esclarecimento, permite-se ainda 32. título de reforço arcabouço jurídico, Conselho а tal mencionar que, em Autorregulamentação Publicitária (CONAR), organizado pela própria indústria, trouxe parâmetros rigorosos e objetivos a este tipo de publicidade, i.e. os conhecidos FIS. N.O DW7

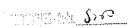
ž 70502351

artigos 33 a 37 do Código de Autorregulamentação Publicitária e seus Anexos H e P, os quais há anos vêm sendo seguidos pelas empresas<sup>23</sup>.

33. Vale notar: o modelo brasileiro, que analisa a publicidade caso a caso e a afasta apenas quando for, de fato, abusiva <u>resta em consonância com a política adotada nas mais avançadas jurisdições do mundo</u>, a saber: França, Alemanha, Itália, Austrália, Portugal, Estados Unidos e Comunidade Europeia, que trilham exatamente por este caminho<sup>24</sup>.

34. Ciente de nossas tradições, o legislador pátrio igualmente prestigia o papel da família e dos pais na criação e educação das suas crianças, incentivando a informação e a responsabilidade nas relações de consumo, ao reconhecer que eventuais influências da propaganda "não são absolutas".

35. Nesse passo, e em que pese, como dito, toda a relevância do tema, impõe consignar que à luz do arcabouço jurídico vigente, não há norma que proíba *per* se a publicidade que se utiliza de personagens ou animação para ilustrar, de forma divertida, as qualidades de um produto, como é o caso das pilhas DURACELL, de modo que qualquer **interpretação proibitiva e extensiva ao artigo 37, § 2º, como pretende a ora denunciante, não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente.** 



<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária — Anexo H (publicidade de alimentos): 2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

Nos Estados Unidos, por exemplo, inexiste lei, havendo no âmbito autorregulamentar o conhecido Children's Advertising Review Unit (CARU), bem como programa de autorregulamentação elaborado pelo Council of Better Business Bureaus (BBB), com adesão das principais indústrias de alimentos e denominado Children's Food and Beverage Advertising Iniciative (CFBAI). A Comunidade Européia segue a mesma diretriz, não dispondo de normas transacionais específicas sobre o tema, muito menos proibitivas da publicidade infantil. Pelo contrário, em recentes manifestações (abril 2012), o Parlamento Europeu reafirmou o propósito de evitar qualquer legislação proibitiva para a publicidade do gênero, optando por reforçar as instâncias de educação e da autoridade familiar, complementados por mecanismos de autorregulamentação associados a plataformas de cooperação voluntária dos anunciantes, os chamados pledges (acordos), já adotados pelas empresas, inclusive no Brasil. Não fosse isso, em análise às legislações comparadas, verifica-se, ainda, que as restrições pretendidas pela Resolução do CONANDA não encontram similar em nenhum outro local.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Cf. TJSP, Ap. n.º 0025180-44.2009.8.26.0053, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei.

36. Por oportuno, cumpre apontar que todas as tentativas de burlar a reserva legal para impor novas restrições à publicidade, inclusive sob o argumento de ser voltada ao público infantil, foram rechaçadas em Juízo e fora dele<sup>26</sup>. Nossos Tribunais, neste particular, foram firmes inclusive em descartar tentativas de impor restrições por meio de agências reguladoras ou similares, exatamente como no caso em tela:

"ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). RDC 24/2010. NORMAS SOBRE A PROPAGANDA E PUBLICIDADE DE ALIMENTOS POTENCIALMENTE NOCIVOS À SAÚDE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISCIPLINA DA MATÉRIA, POR MEIO DE ATO ADMINISTRATIVO. Não compete à ANVISA disciplinar, por meio de resolução, a questão referente à propaganda e à publicidade de produtos que possam ser nocivos à saúde ou ao meio ambiente, ante a ausência de previsão legal."<sup>27</sup>

37. Do mesmo modo, foram também afastadas pelo Judiciário tentativas de proibir ou punir as empresas quanto à sua liberdade de anunciar e expor produtos (ainda que atingissem crianças) a partir de interpretação extensiva e arbitrária do artigo 37, §2º, do CDC:

"Ação civil pública. Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado para o público infantil. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL DE TAL PRÁTICA, NÃO SE PODENDO PRESUMIR QUE TODO E QUALQUER MATERIAL PUBLICITÁRIO VOLTADO PARA O PÚBLICO INFANTO-JUVENIL SEJA LESIVO. Princípio da legalidade (artigo 5, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e princípio da isonomia (artigo 170 da Constituição da República)." (grifo)

"Não se verificando na campanha publicitária excesso qualificável como patológico nem ofensa aos hipossuficientes (crianças), por desrespeito à dignidade humana, por indução de comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança pessoal, por exploração de diminuta capacidade de discernimento ou inexperiência, por opressão ou ainda por estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão, não se justifica a autuação e a punição aplicada pelo Procon."

No Estado de São Paulo, igualmente vetado pelo Governador Alckmin o Projeto de Lei Estadual 193/2008 que pretendia restringir o horário de veiculação da publicidade de alimentos dirigida às crianças ou comunicação de produtos com brindes. Segundo justificativa publicada no Diário Oficial do Estado, o governador alegou que legislar sobre publicidade comercial é competência privativa da União, conforme previsto na Constituição Federal. Alckmin também argumentou que a lei federal deve "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defender da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde. Pelo mesmo fundamento, foi vetado o Projeto de Lei n.º 1096/11 que buscava proibir a oferta de lanches com brinde.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Cf. TRF-1, Al n.º 0017377-33.2011.4.01.0000/DF, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Cf. TJSP, Ap. n.º 0029619-23.2010.8.26.0002, Rel. Des. Maia da Cunha.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Cf. TJSP, n.º Ap. 025180-44.2009.8.26.0053, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei. A liminar, neste caso, já havia sido indeferida, porque o Procon apresentou "apenas estudos genéricos acerca de campanhas publicitárias perniciosas ao público infanto-juvenil, mas, no caso, não há estudo ou laudo oficial específico algum, referente à avaliação concreta e determinada da campanha em foco, atestando o emprego de técnicas publicitárias ilícitas,



#### b) A publicidade da DURACELL

38. Dito isto, a publicidade veiculada pela DURACELL, nada obstante o emprego de cores, personagens e desenho (animação em computador) utilizados apenas para ilustrar a funcionalidade das pilhas em brinquedos e sua maior durabilidade, evidentemente não é abusiva e não fere nenhum princípio ético ou disposição protetiva da criança e do adolescente.

39. Com efeito, criado em 1973, o Mascote "Bunny", o coelho cor-de-rosa é símbolo hoje indissociável da marca DURACELL. Considerado um dos ícones publicitários mais reconhecidos do mundo, o coelho <u>acompanha há mais de quatro décadas as pilhas DURACELL</u>, apresentando as qualidades do produto de um modo lúdico e inteligente para gerações de consumidores:

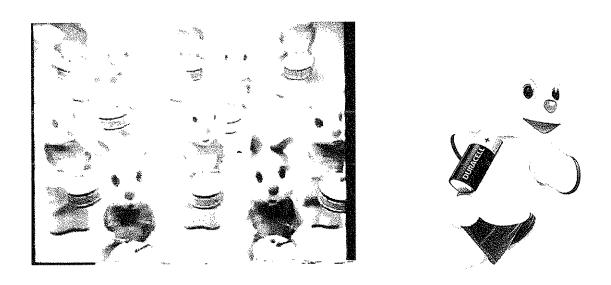


Fig. 01. O Coelho Duracell - em 1973 e nos dias atuais

40. <u>Não se trata, portanto, de um personagem do universo infantil,</u> mas de uma marca registrada com mais de 40 (quarenta) anos de existência, voltado a demonstrar, de forma clara, pertinente e divertida, a durabilidade e confiabilidade dos produtos da DURACELL, tanto assim que, por exemplo, na Europa, a expressão "coelho Duracell" foi incorporada ao imaginário popular como sinônimo de durabilidade e resistência.

Fis. N. 0 2% 70582351 41. Cumpre lembrar, ainda, que as pilhas alcalinas são empregadas prioritariamente em <u>brinquedos</u> e artefatos eletrônicos, razão pela qual sua publicidade <u>é tradicionalmente associada à propaganda de brinquedos</u>. Com efeito, já há algumas décadas, em todos os países do mundo, e todos os fabricantes adotam como <u>padrão de mercado</u> comunicação semelhante à dos comerciais de brinquedo:

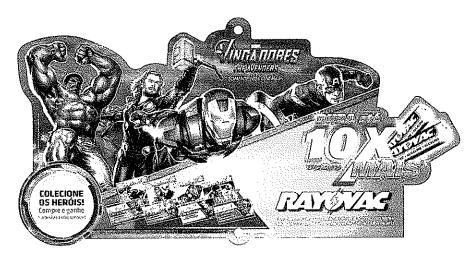


Fig. 02. Publicidade da marca Rayovac



Fig. 03. Publicidade Energizer (EUA)

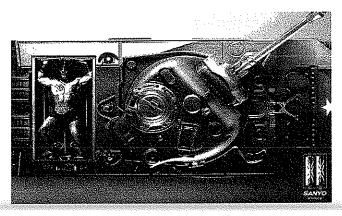


Fig. 04. Publicidade Sanyo (Ásia)

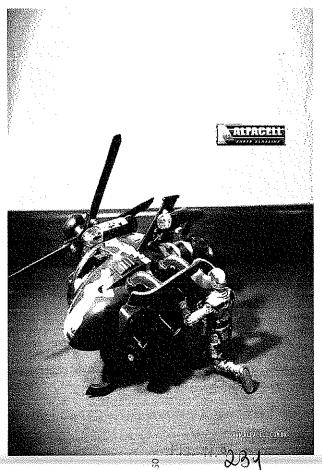


Fig. 05. Publicidade Alfacell

42. **Desse modo, o uso de brinquedos, cores e bonecos é e sempre foi inerente à publicidade de pilhas.** Trata-se de demonstrar e ilustrar aos pais – sem qualquer conteúdo abusivo ou de exploração da criança – a própria **aplicabilidade** do produto e, no caso, também sua maior durabilidade, já que é sabido que crianças acionam repetidamente os brinquedos. Nesse passo, qualquer tentativa de censurar tais recursos acarreta a censura indireta, mas completa, dessa comunicação mercadológica – o que, como visto, é impensável à luz das garantias do art. 170 e 220 da Constituição.

43. Outrossim, cumpre apontar que a publicidade da DURACELL, tanto nos exemplos mencionados pelo Alana quanto nos demais anúncios e campanhas realizados nas últimas décadas são adequados ao padrão de publicidade mundial desse produto, não tendo nada de extraordinário, muito menos abusivo.

44. Frise-se que todas as campanhas da DURACELL são clara e ostensivamente identificadas como publicidade, sendo veiculadas na página da marca ou exclusivamente em intervalos comerciais.

DURACELL <u>é voltada aos pais</u>, embora algumas delas possam conter, repita-se, apenas como forma de ilustrar a maior aplicabilidade do produto (que é para brinquedos infantis) elementos que também possam fazer parte do universo da criança. Como dito, personagens e bonecos não são exclusivos de um ou outro universo. Não se cuida, assim, de propaganda alheia aos pais, muito menos de emprego de comunicação voltada a predar crianças ou transformá-las em "promotoras de vendas". Nesse passo, o Instituto Alana, com o devido acatamento, despreza e subestima o papel dos pais tanto nas escolhas quanto na formação das crianças:

"Em que pese na sociedade atual ser considerável o poder de influência dos filhos nas decisões de compras nas famílias, é bem verdade que tal poder não é absoluto e pode ser facilmente contornável em núcleos bem estruturados que provém boa educação. Assim, não é considerável o impacto que referida propaganda teve no consumidor." <sup>30</sup>

<sup>30</sup> Cf. TJSP, Ap. nº 0008196-14.2011.8.26.0053, Rel. Des. Marcelo Berthe.

Fis. N. 0 232

46. Ressalte-se que, em pese sua retórica inflamada, a representação do Instituto Alana <u>não aponta um único impacto concreto e nocivo</u> <u>que tenha decorrido da veiculação das campanhas da DURACELL</u>, o que apenas reforça o que se disse acima: a campanha é perfeitamente adequada para os consumidores.

#### c) da Campanha "Pilhados"

47. Em setembro de 2013, a **P&G** lançou a campanha publicitária chamada "Pilhados", na qual ampliou a gama de personagens ligados à marca DURACELL. Empregando novamente uma forma lúdica e divertida para tratar de um tema técnico e muitas vezes árido – a durabilidade de suas pilhas alcalinas – a campanha da ora Requerente envolve a narração de histórias curtas, com personagens, com o fim de despertar a atenção para, como dito, uma das maiores, senão a maior, qualidade do produto DURACELL: equipar brinquedos infantis, tendo em vista a sua comprovada durabilidade, uma vez que referidos brinquedos são incessantemente acionados pelas crianças.



Fig. 06 - os personagens da campanha "Pilhados"

48. A campanha foi divulgada apenas no site da marca no Facebook e no canal de vídeos da marca no Youtube. Sempre foram, pois, divulgadas de forma clara e inequívoca como publicidade da marca. Cumpre destacar, ainda, que as vinhetas do "Pilhados" não são exibidas na televisão, aberta ou paga.

7058239

SIP

49. Basta assistir a qualquer dos episódios, para se constatar que a campanha não é abusiva: não provoca medo, nem qualquer outro sentimento reprovável no consumidor ou na criança. Não incita discriminação, não estimula conduta antissocial, não prega o consumismo exagerado nem coloca em risco a saúde ou segurança de crianças e adolescentes.

50. Mais: a campanha segue à risca as disposições do Código de Autoregulamentação Publicitária editado pelo CONAR – cujas disposições já foram expressamente reconhecidas pelo Poder Judiciário como adequadas para orientação da publicidade, inclusive direcionada também ao público infantil<sup>31</sup>. Nesse sentido, a campanha da DURACELL:

- (i) Busca exaltar valores positivos, como a amizade, generosidade e respeito entre as pessoas;
- (ii) Não provoca nenhum tipo de discriminação;
- (iii) Não associa crianças e adolescentes a condutas perigosas ou socialmente condenáveis;
- (iv) Não provoca constrangimento dos pais ou responsáveis;
- (v) Não emprega crianças para vocalizar apelo direto ao consumo;
- (vi) Não utiliza formato jornalístico é perfeitamente identificada como peça publicitária;
- (vii) Não apregoa características genéricas ou comuns do produto;
- (viii) Não usa violência, medo ou pressão psicológica.

51. Não há, pois, nada de abusivo na publicidade da DURACELL, seja quando emprega o mascote "Bunny", seja, especificamente, na campanha "Pilhados". Muitos méritos possa ter o instituto Alana, no caso, a representação se volta contra a publicidade da **P&G** de forma puramente ideológica, sem em nenhum momento especificar em que ela seria concretamente abusiva.

70582351

THE SAME STATE

<sup>31 &</sup>quot;A propósito, convém anotar que "desde 1978 a publicidade brasileira promove e aplica, a partir dos princípios da autorregulamentação e por meio da ação do Conar, recomendações e parâmetros éticos para peças publicitárias de todos os tipos. Foi o Conar, antes que isso preocupasse as autoridades e a sociedade e antes mesmo da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o pioneiro no país na imposição de restrições a anúncios de cigarros, bebidas alcoólicas, bem como produtos e serviços destinados a crianças e adolescentes. Em 2006, essas normas específicas, refletindo a preocupação da sociedade com o tema, passaram por uma completa previsão. desde então, o brasil tem uma das mais exigentes regras para publicidade dirigida a menores de idade" (cf. TJSP, Al n.º 0131714-35.2013.8.26.000, Rel. Des. Gilberto Leme).

52. O parecer que motivou a autuação, *data venia*, segue a mesma linha, pretendendo taxar, acriticamente, a publicidade como ilícita *per se*, unicamente por empregar cores, celebridades e/ou animação. Contudo, sem que haja um elemento concreto de abusividade, **não se justifica a tentativa de vedação** *per se da publicidade*, desejada pelo Instituto Alana. Esse o entendimento do Poder Judiciário:

"CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA ABUSIVA. MULTA. PROPORCIONALIDADE. Autuação e imposição de multa em razão de propaganda. considerada abusiva, que, nos termos do art. 37, §2° do Código de Defesa do Consumidor é "a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança." Descaracterização. Peça publicitária que procurou explorar de forma jocosa determinada situação, não cabendo subsunção ao citado disposto legal." 32

53. Frise-se, por fim, que, ao contrário do alegado pelo Instituto Alana, não existe nenhuma periculosidade no produto ora tratado (nem o auto de infração cogita de qualquer risco).

54. A uma, porque as pilhas da DURACELL são certificadas pelo INMETRO e atendem à regulamentação vigente. Não se trata de produto nocivo, muito menos perigoso.

55. Ademais, não existe nem em tese nexo entre os supostos incidentes (ingestão de corpos estranhos) por crianças e a publicidade de pilhas. Conforme o próprio estudo invocado na representação, as vítimas de ingestão acidental seriam, alegadamente, *crianças de até quatro anos*<sup>33</sup>. De outro lado, e segundo o outro estudo citado pelo Instituto, a publicidade infantil supostamente afetaria as crianças *a partir dos quatro anos*<sup>34</sup>. Ou seja: os próprios estudos do Alana, ainda que verdadeiros, seriam a prova da mais absoluta inexistência de nexo entre a publicidade infantil e os alegados incidentes.

34 Conforme o quadro a fis. 19 da representação.

? ? 70502351

Fis. N. 0235

<sup>32</sup> Cf. TJSP, Ap. n° 558.08 5-5/0-00, Rel. Des. Nogueira Diefenthaler.

<sup>33</sup> Fl. 13 da representação.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Frise-se, ademais, que o Alana também não demonstra que as ingestões acidentais seriam especificamente de pilhas da P&G, e em razão da campanha "Pilhados", ou do uso do Coelho Bunny, o que evidencia quão frágil é a sua tentativa de criar um suposto risco inexistente, e de atribuir à publicidade infantil todos os males do mundo.

56. Em suma: não existe proibição à publicidade infantil no Brasil, nem nenhuma restrição *a priori* ao emprego de qualquer recurso audiovisual (cores, música, bonecos ou atores) – cuja análise deve se dar, caso a caso, mediante exame de abusividade concreta.

57. *In casu*, não existe nenhum elemento na publicidade da **P&G**, seja empregando o *Bunny*, seja a específica campanha "Pilhados" que seja abusiva ou inadequada para o público infantil — sendo certo que o alvo da comunicação, em todos os casos, são os pais das crianças que efetivamente adquirem os produtos.

58. Por oportuno, considerando os esclarecimentos prestados acima, que demonstram a regularidade da publicidade da DURACELL, a **P&G** requer ainda dispensa da apresentação de informações sobre seu faturamento, notadamente diante da fase absolutamente preliminar em que se encontra o presente processo administrativo.

\* \* \*

#### Conclusão

59. Posto isto, requer-se o imediato **arquivamento** do auto de infração, por nulidade da autuação e incompetência do órgão estadual para investigação de conduta que em tese, interessa a mais de um Estado da Federação e, ainda, por inexistência de questão coletiva. Alternativamente, requer-se o imediato **arquivamento** do processo administrativo, tendo em vista a manifesta licitude da campanha veiculada pela **P&G.** É o que se pede e espera.

60. A **P&G** ressalva desde logo seu direito de produzir todas as provas em direito admitidas para sua defesa.

61. Por fim, requer-se que todas as intimações e publicações destinadas à **P&G**, neste feito, sejam endereçadas para a Avenida Dr. Chucri Zaidan, 246–96, 23.º andar – Ed. Torre Z – VI. Cordeiro – 04583-110 – São Paulo/SP.

Termos em que,
Pede deferimento.

De São Paulo para Vitória, 19 de junho de 2015.

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias

OAB/SP n.º 209.216

Cristiano Rodrigo Del Debbio

OAB/SP n.º 173.605

Gabriel Nogueira Dias

OAB/SP n.º 221.632

Ana Maria Fernandes Albuquerque

OAB/ES n.º 15.314

713. 14.0 **287** 

PROCONIES-ALTA Sino