

FECHAR

IMPRIMIR

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ
SECRETARIA DA JUSTIÇA, TRABALHO E DIREITOS HUMANOS -SEJU
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
PROCON/PR

DECISÃO ADMINISTRATIVA Nº: 3193 / 2017

Data da Decisão: 19/12/2017

Protocolo: 11104/2015

Consumidor: PROCON/PR - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PROTECAO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Fornecedor: DANONE LTDA

1. RELATÓRIO

O DEPARTAMENTO ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/PR, através de sua Diretora e com fulcro no artigo 33, inciso I, do Decreto Federal nº 2.181/97, instaurou o presente Processo Administrativo identificado sob o nº **11104/2015**, na data de 10/12/2015 em face do Fornecedor **DANONE LTDA**.

Este Departamento Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon-PR – recebeu denúncia formalizada pelo Instituto Alana (fls. 03-42), no qual constatou que o ora fornecedor realiza publicidade abusiva na promoção de sua linha de iogurtes, destinando estas ao público infantil, como nas propagandas das coleções "Dino Profissões" e coleção "Mini Dinos".

Na primeira, a propaganda divulgada em 2015, tanto por meios televisivos quanto por outras mídias sociais (Facebook e YouTube), apresentava os produtos cujas embalagens representavam o dinossauro Dino, mascote da marca, em 15 versões diferentes, as quais fazem referência a diferentes profissões (fls. 223-234). Ocorre que, no decorrer da mesma, as embalagens das mercadorias tomam vida, ganhando voz e movimentação, e arrumam o quarto no qual se encontravam, fato lúdico que, segundo a denunciante, visa influenciar o público infantil. Além disso, foram criadas canções de fácil memorização, fazendo referência a cada profissão (uma parar mergulhador, outra, astronauta, outra, bombeiro, etc...). Tais canções são disponibilizadas no site do fornecedor junto à representação de Dino na forma de embalagem, dançando ao lado de animações (fl. 134).

Na segunda propaganda citada pelo Instituto Alana, há também a utilização da imagem de crianças, as quais são abordadas pela mascote da marca, que lhes entrega um "mini Dino com poder da natureza". Cada uma das miniaturas corresponde a um elemento da natureza (água, terra, fogo e ar, além do super Dino), e as mesmas, na propaganda, realizam efeitos relacionados ao meio ambiente, como incinerar uma árvore ou invocar chuva.

Como descrito, ambas as propagandas utilizam meios gráficos para trazer elementos fictícios à realidade e usam a imagem de uma personagem para divulgar mercadorias colecionáveis, exclusivas e efêmeras. Tais atos são julgados abusivos pelo Instituto, uma vez que a criança menor de 12 anos, segundo pesquisas, é incapaz de detectar o caráter lúdico e persuasivo de publicidades deste gênero, devido a sua hipervulnerabilidade, conforme disposto em textos anexos (fls. 43-45)

Ademais, o fornecedor disponibiliza em seu site diversos jogos relacionados aos produtos das promoções, criando mais um cenário para aproximação dos consumidores à marca. No mesmo sentido, a Danone lançou a série televisiva "Dino Aventuras", a qual apresenta Dino e outros personagens animados, promovendo a imagem da mascote a qual seria relacionada às mercadorias durante o horário publicitário (fls. 235-242).

Na denúncia prestada a este PROCON-PR consta ainda que, uma criança passa em média 5:30 horas em frente à televisão por dia, sendo que apenas 30 segundos expostos a uma publicidade apelativa são necessários para influenciar a mesma. Isto constataria, conforme o Instituto, que tratar o menor de 12 anos como público-alvo é desleal e completamente abusivo, por aproveitar da hipossuficiência presumida (fls. 46-48).

Destarte, foi informado que, segundo a pesquisa feita pela TIC Kids Online Brasil 2013, 77% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos usam a internet, podendo acessar diversos conteúdos. Diante desta comunicação transmídia, foi denunciado pelo Instituto que há uma tentativa exacerbada de criar um vínculo com o público infantil, uma vez que os comerciais e outros meios buscam influenciar as crianças.

Assim, através do Projeto Criança e Consumo reclamações foram formalizadas frente ao Instituto Alana consistindo na proteção de crianças as quais não discernem o valor lúdico dos comerciais. Ainda, houve grande contestação dos responsáveis legais no que diz respeito às crianças intolerantes à lactose ou diabéticas, pois as mesmas não podem consumir o produto, entretanto, não tem capacidade de compreender tal impossibilidade.

Diante do exposto e tendo em vista que existem indícios da ocorrência de prática infrativa por parte do fornecedor supracitado, é que se instaurou o presente procedimento, por Ato de Ofício, com fulcro no artigo 33, I do Decreto Federal 2.181/97, bem como no Código de Defesa do Consumidor.

Ato contínuo, foi expedida notificação (fl. 243), na data de 10/12/2015, mediante aviso de recebimento (fl. 245), a fim de que o

fornecedor apresentasse impugnação diante do exposto na denúncia. Ocorre que o aviso de recebimento retornou com a informação “mudou-se”, não sendo possível, portanto, a efetiva notificação.

Desta feita, foi reexpedida notificação ao Fornecedor na data de 26/01/2016 (fl. 249), com aviso de recebimento (fl. 251), nos termos do artigo 44 do Decreto 2.181/97, a fim de que o mesmo apresentasse sua impugnação aos fatos narrados na inicial. O Fornecedor foi devidamente notificado na data de 02/02/2016 e apresentou defesa em 18/03/2016 (fls. 252-265), sendo intempestiva.

Diante dos fatos e documentos apresentados, passa-se a fundamentar o parecer, conforme dispositivos legais pertinentes à matéria.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, em análise ao procedimento e com base nos documentos acostados na denúncia do Instituto Alana, cumpre salientar que restou plenamente atendido no presente processo administrativo o disposto no artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988, a seguir transcrito.

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Instaurado regularmente o procedimento administrativo e obedecendo ao mandamento constitucional inscrito no artigo 5º, LV, o Fornecedor foi devidamente notificado para impugnar os fatos alegados pelo Instituto.

Vale destacar ainda o preceituado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, III:

Art. 4º – A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Posto isto, atendendo aos princípios e garantias constitucionais inerentes ao processo administrativo, valorando o conjunto probatório e o princípio da boa-fé nas relações de consumo, inscrito no artigo 4º, III do CDC, entende-se que restou demonstrada infração à Lei Federal nº 8.078/90.

Conforme se demonstrará a seguir, a pretensão em questão encontra amparo na legislação consumerista.

Vejamos o previsto nos artigos 6º, IV, VI; 31; 36, 37, §2º e 39, IV do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º – São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

[...]

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

[...]

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a 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 à sua saúde ou segurança.

[...]

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]
IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
[...]

Tecidas as considerações supra, bem como elencados os direitos tutelados pelo honroso código, entende-se pela abusividade dos comerciais televisivos em conjunto a outras práticas do fornecedor, as quais visaram criar um cenário lúdico para crianças, aproveitando-se da hipervulnerabilidade destas.

Vale ressaltar diversos dados para a compreensão desta decisão administrativa, uma vez que toda legislação que versa sobre o assunto destes autos tem embasamento em pesquisas psicológicas e sobre marketing. Não se trata de mera liberalidade legislativa, mas sim do entendimento da condição biopsicosocial da criança, a qual se encontra posição vulnerável, ainda mais se tratando de relações de consumo.

Segundo o emérito professor de psicologia da Universidade de São Paulo, Yves de la Taille, crianças menores de 12 anos não tem os aparatos biológicos necessários para compreender a realidade, conforme apresentado na denúncia. Outrossim, não são capazes de enfrentar a apelatividade das propagandas, pois sua resistência mental é inferior à de um adulto. No mesmo sentido, a pesquisa realizada pelo sociólogo sueco Erling Bjurström demonstra que apenas entre 8 a 10 anos de idade é possível diferenciar uma publicidade de um programa de entretenimento. Assim, elucida-se a falta de isonomia na relação de consumo, sendo que diferentemente de adultos, crianças podem se confundir facilmente com material publicitário. Ademais, ao criar a série televisiva "Dino Aventuras" dificulta-se ainda mais a distinção entre oferecimento de produtos e o programa da TV fechada.

No mérito da comunicação transmiúdia, os dados divulgados pela Associação Dietética Norte-Americana – Borzekowski Robinson são de extrema relevância, pois demonstram que apenas 30 segundos de exposição televisiva a uma criança são suficientes para influenciar uma criança, em se tratando de produtos alimentícios. Ademais, o número de usuários crianças e adolescentes do Facebook cresceu 118% entre 2012 e 2013. Vê-se, portanto, o demasiado aproveitamento da vulnerabilidade infantil, visto que crianças são bombardeadas com o marketing da empresa Danone.

Ao fazer parte do mundo da criança, a marca passa a ser divulgada por esta, pois há praticamente um ensinamento de como solicitar o produto desejado aos adultos. Por conta disso, a Comissão Federal do Comércio (FTC) dos Estados Unidos divulgou a seguinte manifestação em 1999: "a indústria deve proibir os planos de marketing que pretendam dirigir a publicidade de produtos para adultos à audiência infantil".

Fica nítido então, que a propaganda dirigida ao público infantil, seja este o público-alvo ou não, influencia na maioria das compras efetuadas pelos pais ou responsáveis. Há, portanto, uma verdadeira utilização da criança como material publicitário do fornecedor, ou ainda, promotora de vendas da marca.

Há ainda, agravamento da prática abusiva ao ser utilizada uma personagem do mundo infantil, com intuito de fazer com que o público capte com maior facilidade a mensagem passada pela empresa. Tal fato fica evidente pela escassez de elementos os quais versem sobre o produto em si, ou seja, o objetivo da marca é na verdade, criar um vínculo com a criança, e não divulgar a mercadoria.

Além desta apelatividade em relação à personagem, ocorre o mesmo ao passo que esta se encontra presente também em uma série televisiva, bem como em jogos, jingles e outros meios de entretenimento. Ocorre que desta maneira a criança associa o produto a momentos de lazer e diversão, sem entender a real intenção mercadológica por trás de tais atividades.

Por outro lado, existe ainda a problemática sobre a questão de adequação dos produtos alimentícios à saúde, considerando que crianças não tem condições de sobrepesar as consequências de uma alimentação baseada em mercadorias industrializadas.

Explicitados os entendimentos psicológicos e mercadológicos, comprovando desta maneira o caráter abusivo da conduta do fornecedor, busca-se demonstrar a aplicabilidade da legislação vigente.

Atendendo à interpretação sistemática da Constituição Federal, percebe-se que em seu artigo 227 há obrigação de defesa da criança contra qualquer tipo de abusividade, denominada proteção integral:

Art. 227. É dever da família, sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Segue no mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, tratado do qual o Brasil é signatário, conforme o Decreto nº 99.710, de 21/11/1990:

Art. 17. Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes:

[...]
e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18.

[...]
Artigo 32.1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde

ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

Dispostas as generalidades, vale ressaltar que o caso concreto é vetado ainda mais especificamente, ceifando a possibilidade de utilizar personagens animados, promoções efêmeras com colecionáveis e outras especificidades. Isto se encontra materializado pela Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III – representação de criança;

IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V – personagens ou apresentadores infantis;

VI – desenho animado ou de animação;

VII – bonecos ou similares;

VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Tal resolução supracitada regulamenta os artigos 36 e 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, tornando a aplicabilidade da letra da lei no caso concreto ainda mais eficaz. Fica por óbvio que as publicidades em questão são abusivas ao serem direcionadas ao público infantil, sem passar pelo crivo supramencionado. Desta forma, até o reconhecimento da propaganda como tal é danificado, visto que a divulgação de série televisiva confunde as crianças dificultando a distinção de comércio e entretenimento.

Desta forma, fica claro que houve proveito da fragilidade e ingenuidade infantil, visando impingir produtos por meio de publicidades lúdicas as quais aproximavam o público à marca.

Por fim, cumpre observar o caráter difuso da publicidade, pois esta foi veiculada por meio televisivo, pela internet e pelo próprio produto, podendo ser visualizado por qualquer consumidor a qualquer momento. Assim é impossível identificar quantas e quais seriam as pessoas atingidas pela prática infrativa.

Neste ponto, importante mencionar o disposto no artigo 81, I do Código de Defesa do Consumidor, senão vejamos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

I - 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;

[...]

Como se viu, o dispositivo legal acima transcrito define os interesses e direitos difusos, que são caracterizados pela indeterminabilidade dos sujeitos ativos, ou seja, os titulares do direito subjetivo são indeterminados ou indetermináveis. (NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 697.)

Além de possuir como característica a indeterminabilidade dos titulares, os direitos difusos também tem como característica primordial a indivisibilidade do objeto, nas palavras de Mancuso “os interesses difusos são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.)

Logo, os beneficiários dessa tutela serão todas as pessoas indeterminadas, que por circunstâncias de fato estejam expostas às práticas indicadas (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 386.) e que no caso em análise consistiram em **realizar publicidade abusiva, sujeitando um número indeterminado e potencialmente expressivo de pessoas.**

Por todo o exposto, infere-se que restou amplamente comprovado no processo administrativo em análise que o Fornecedor **DANONE LTDA realizou publicidade abusiva, incorrendo portanto na infração aos seguintes dispositivos: 6º, IV, VI; 31; 36; 37, §2º e 39, IV do Código de Defesa do Consumidor.**

Acerca das sanções administrativas aplicáveis quando da infração às normas de defesa do consumidor, importa ressaltar que o art. 56 da Lei nº 8.078/90 assim 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;

II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V - proibição de fabricação do produto;

VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

VII - suspensão temporária de atividade;

VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;

- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;**
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;**
- XI - intervenção administrativa;**
- XII - imposição de contrapropaganda.**

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

A respeito da sanção administrativa de multa, diante do caso concreto em análise, convém esclarecer que, quando da sua aplicação, deve ser considerado o previsto no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 28 do Decreto nº 2.181/97, os quais determinam que a pena de multa seja fixada considerando-se a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator, aplicada mediante procedimento administrativo.

Isto posto, após minuciosa análise do conjunto probatório carreado ao presente procedimento administrativo e diante do contido nos dispositivos legais, anteriormente mencionados, infere-se que **a sanção administrativa a ser aplicada ao Fornecedor DANONE LTDA deva ser a pena de multa.**

Ainda quanto a aplicação da sanção administrativa, importante ressaltar que o art. 24 do Decreto nº 2.181/97 assim determina:

Art. 24 – Para imposição da pena e sua gradação, serão considerados:

- I – as circunstâncias atenuantes e agravantes;**
- II – os antecedentes do infrator, nos termos do art. 28 deste Decreto.**

Convém destacar que assim dispõem os artigos 25, 26 e 27 do Decreto nº 2.181/97:

Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:

- I - a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato;**
- II - ser o infrator primário;**
- III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo.**

Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes:

- I - ser o infrator reincidente;**
- II - ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas;**
- III - trazer a prática infrativa conseqüências danosas à saúde ou à segurança do consumidor;**
- IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências;**
- V - ter o infrator agido com dolo;**
- VI - ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo;**
- VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interdadas ou não;**
- VIII - dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade;**
- IX - ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade.**

Art. 27. Considera-se reincidência a repetição de prática infrativa, de qualquer natureza, às normas de defesa do consumidor, punida por decisão administrativa irrecorrível.

Isto posto, após análise criteriosa, infere-se que o Fornecedor em questão **incorreu** nas agravantes do **artigo 26, inciso II, IV e VII**, do referido Decreto, vez que a publicidade é direcionada a crianças, aproveitando-se da ingenuidade destas para garantir a venda de produtos, sendo utilizados diversos meios para tal. Ainda, mesmo sendo notificado pelo Instituto Alana e por este Procon-PR, o fornecedor não buscou mitigar as conseqüências de seus atos. Por fim, vale ressaltar que a prática infrativa atingiu crianças menores de 12 anos, visto que eram o público-alvo do fornecedor.

Verifica-se, ainda, que é aplicável ao caso em análise a atenuante prevista no **artigo 25, inciso II**, do Decreto nº 2.181/97, vez que não possui sanções administrativas irrecorríveis incluídas no Cadastro de Defesa do Consumidor nos últimos 5 (cinco) anos, sendo, portanto, PRIMÁRIO.

Ainda, há que se considerar para a aplicação da sanção administrativa de multa, se a vantagem auferida pelo Fornecedor é mensurável ou não mensurável. No caso dos autos, a vantagem auferida pelo Fornecedor em questão deverá ser considerada como **vantagem de caráter não mensurável**, vez que não é possível auferir o quantum da vantagem obtida com sua conduta infrativa.

No que diz respeito a extensão do dano, infere-se que a mesma tem **CARÁTER DIFUSO**, vez que a situação dos autos, consistente em **REALIZAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA**, se amolda aquela prevista no artigo 81, I da Lei nº 8.078/90-CDC, pois se está diante de direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, caracterizando assim lesão a interesse ou direito difuso, conforme já exposto.

Importa destacar que o PROCON/PR possui legitimidade para a aplicação de sanções administrativas, conforme os parâmetros legais e segundo uma equilibrada ponderação das circunstâncias envolvidas no caso concreto, baseadas no **Decreto nº 2.181/97** e no **Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº 8.078/90**.

É imperioso considerar que as multas impostas, em decorrência de infrações nas relações de consumo, exercem o efeito educativo no sentido de recomendar, às empresas fornecedoras de bens ou serviços, maior respeito ao consumidor.

Portanto, infere-se que a reclamação em análise se enquadra como relação de consumo e encontra amparo no Código de Defesa do Consumidor, ficando clara a subsunção do fato à norma legal.

3) CONCLUSÃO

Diante ao exposto e de tudo o que mais consta no presente processo administrativo, esta Divisão Jurídica opina pela **SUBSISTÊNCIA** das reclamações encartadas no procedimento, com fulcro nos artigos **6º, incisos IV e VI; artigo 31; artigo 36; artigo 37, §2º e 39, IV, todos do Código de Defesa do Consumidor**, aplicando-se a pena de **MULTA** ao Fornecedor **DANONE LTDA** e a sua correspondente inscrição no Cadastro de que trata o artigo 44 do Código de Defesa do Consumidor.

Na aplicação da multa deverão ser consideradas as circunstâncias apontadas nos artigos 24 e 28 do Decreto Federal nº 2.181/97, bem como a condição econômica do Fornecedor. A fixação do valor da multa deverá se ater aos parâmetros constantes no parágrafo único do artigo 57 da Lei Federal nº 8.078/90.

Remeta-se o presente protocolo à Senhora Diretora do PROCON/PR para análise e decisão acerca do contido neste Parecer.

3. DISPOSITIVO

A metodologia de cálculo de multa a ser aplicada nos processos administrativos do PROCON/PR, instituída pela Portaria Procon/PR nº 05/2017, publicada no DIOE nº 10.073, na data de 23 de novembro de 2017, disponível para consulta no sítio eletrônico deste Departamento, foi formulada conforme os parâmetros estabelecidos no artigo 57 da Lei Federal nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor - e nos artigos 24 e 28 do Decreto Federal nº 2181/97, que dispõem que para a aplicação da pena de multa deverão ser considerados os seguintes parâmetros: gravidade da infração, vantagem auferida com o ato infrativo, condição econômica do fornecedor, extensão do dano causado aos consumidores, os antecedentes do infrator, assim como as circunstâncias atenuantes e agravantes. Considerando tais critérios, a apresentação gráfica da fórmula aplicável no processo administrativo em análise é a seguinte:

$$VM = (MM \times IG \times SE \times VA) \times (AT) \times (AG) \times (REI)$$

Onde:

VM = Valor da Multa

MM= Valor mínimo da multa = R\$ 619,82 - Vide forma de atualização na Portaria Procon/PR nº 03/2011, disponível para consulta no sítio eletrônico do Procon/PR.

IG= Índice de Gravidade da(s) Infração(ões) – Vide tabela constante no Anexo II.

SE = Situação Econômica da Empresa - Vide tabela constante no Anexo IV.

VA = Vantagem Auferida – Vide tabela constante no Anexo V.

AT = Atenuantes – Vide tabela constante no Anexo VI.

AG = Agravantes – Vide tabela constante no Anexo VII.

REI = Reincidência – Vide tabela constante no Anexo VIII.

Para que o cálculo não fosse baseado em parâmetros subjetivos, quantificou-se a gravidade da prática infrativa, extensão do dano, vantagem auferida e condição econômica do infrator. Foram criadas tabelas compostas de multiplicadores diferentes que podem ser aplicados à situação de cada processo.

O valor mínimo da multa (MM) estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 57 é de 200 vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência – UFIRs. Tendo em vista que a unidade supracitada foi extinta pelo artigo 29, § 3º da Medida Provisória nº 1973-67/2000, em Novembro de 2000 e à época os 200 UFIRs equivaliam a R\$ 212,82 (duzentos e doze reais e oitenta e dois centavos), tal valor vem sendo atualizado pelo IPCA-e trimestralmente por este Procon/PR desde agosto de 2011, com fundamento na Portaria Procon/PR nº 03/2011, publicada no Diário Oficial nº 8.527 de 11/08/2011, disponível para consulta no sítio eletrônico deste Departamento, assim como com base na determinação da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça. Sendo assim, o valor atualizado da multa mínima no período de **outubro de 2017 até dezembro de 2017 é de R\$ 619,82**.

Para quantificar a gravidade da prática infrativa (IG) foram criados 3(três) grupos de infração, cada qual composto de artigos do Código de Defesa do Consumidor que possam ser infringidos pelas empresas. No Grupo I, constam as infrações graves, neste estão contidos os artigos que, no mais das vezes, causam danos materiais ao consumidor. No Grupo II, infrações consideradas muito graves, no qual estão incluídos os artigos que além de danos materiais, podem causar danos morais ao consumidor. No Grupo III, infrações consideradas gravíssimas, estão compreendidos os artigos do código que refletem danos à saúde e/ou segurança do consumidor. Foram dados aos Grupos os multiplicadores 1, 2 e 3 respectivamente (Vide tabela constante no Anexo II da Portaria Procon/PR nº 05/2017).

No caso em análise, o fornecedor infringiu o **Grupo III**, por isso o multiplicador é igual a **3**.

O multiplicador referente a situação econômica da empresa (SE) será definido conforme a capacidade econômica da empresa – para estabelecer qual é o tipo da empresa foram considerados os parâmetros previstos na Lei Complementar nº 123/2006, que tipificou a Microempresa Individual, a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte; na Lei nº 11.632/2007, que tipificou a Grande Empresa e na classificação apontada pelo Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDS, no que diz respeito a Média Empresa –, bem como a natureza e extensão do dano causado (ED), de modo que o multiplicador aumenta conforme o alcance dos efeitos danosos. Sendo assim, após definir o tipo de empresa (Microempresa Individual, a Microempresa, Empresa de Pequeno Porte, Média Empresa e Grande Empresa), deverá ser definido o tipo de direito atingido (individual, individual homogêneo, coletivo ou difuso). Definida a situação econômica (SE) do Fornecedor e o tipo de direito atingido, deverá ser observada a tabela referente a extensão do dano (ED), constante no Anexo III, para definição do multiplicador aplicável.

O Anexo III determina que se a infração for de caráter individual ou individual homogêneo o multiplicador aplicável para MICROEMPRESA INDIVIDUAL será 1,5, para MICROEMPRESA será 2, para EMPRESA DE PEQUENO PORTE será 2,5, para MÉDIA EMPRESA será 3 e para GRANDE EMPRESA será 3,5. Já se a infração for de caráter coletivo o multiplicador aplicável para MICROEMPRESA INDIVIDUAL será 20, para MICROEMPRESA será 25, para EMPRESA DE PEQUENO PORTE será 30, para MÉDIA EMPRESA será 35 e para GRANDE EMPRESA será 40. Porém se a infração for de caráter difuso o multiplicador aplicável para MICROEMPRESA INDIVIDUAL será 30, para MICROEMPRESA será 35, para EMPRESA DE PEQUENO PORTE será 40, para MÉDIA EMPRESA será 45 e para GRANDE EMPRESA será 50.

A fim de auferir a situação econômica do fornecedor, o Procon/PR solicita a apresentação de relatório econômico. Caso o fornecedor deixe de apresentá-lo, a classificação da situação econômica será realizada por estimativa e poderá ser impugnada através da interposição do recurso administrativo previsto no artigo 49 do Decreto 2.181/1997. A classificação econômica da empresa é definida pela sua receita operacional bruta.

No caso do presente protocolo, a situação econômica (SE) do Fornecedor foi definida como **GRANDE EMPRESA**, tendo em vista que **NÃO** houve apresentação de relatório econômico, a classificação foi realizada por estimativa e concluiu-se que a empresa reclamada se enquadra no conceito de **GRANDE EMPRESA**, cuja receita operacional bruta supera a faixa de **R\$ 300.000.000,01**. A extensão do dano (ED) foi considerada de **CARÁTER DIFUSO**, vez que **o fornecedor realizou publicidade abusiva**.

Sendo assim, o multiplicador referente a situação econômica (SE) aplicável ao caso em análise é **50**.

Para determinar o multiplicador aplicável à vantagem auferida (VA) será considerado o quantum do dano causado ao(s) consumidor(es). Tal vantagem poderá ser mensurável, quando for possível definir o quantum da vantagem obtida pelo Fornecedor, ou não mensurável, considerada a hipótese em que não for possível auferir o quantum da vantagem obtida com a conduta infrativa do Fornecedor (Vide Anexo IV da Portaria Procon/PR nº 05/2017).

No caso em análise a vantagem é não mensurável, vez que não é possível auferir o valor da vantagem obtida pelo Fornecedor, o multiplicador aplicável é igual a **1**.

Para definir o multiplicador referente às atenuantes (AT) aplicadas a cada caso deve-se observar o artigo 25 do Decreto 2.181/97, atribuindo-se o multiplicador 0,9 quando houver 1(uma) atenuante, 0,8 quando houver 2(duas) atenuantes, e 0,7 quando houver 3(três) atenuantes (Vide Anexo V da Portaria Procon/PR nº 05/2017).

No presente caso, o fornecedor faz jus a aplicabilidade da atenuante prevista no inciso **II**, do artigo 25 do Decreto 2.181/97, vez que não é reincidente. Portanto, o multiplicador aplicável é igual a **0,9**.

Para definir o multiplicador referente às agravantes (AG) aplicadas a cada caso, deve-se observar o artigo 26 do Decreto 2.181/97, atribuindo-se o multiplicador 1,1 quando houver 1 (uma) agravante; 1,2 quando houver 2 (duas) agravantes; 1,3 quando houver 3(três) agravantes; 1,4 quando houver 4 (quatro) agravantes; 1,5 quando houver 5 (cinco) agravantes; 1,6 quando houver 6 (seis) agravantes; 1,7 quando houver 7 (sete) agravantes e 1,8 quando houver 8 (oito) agravantes (Vide Anexo VI da Portaria Procon/PR nº 05/2017).

No presente caso, o fornecedor faz jus a aplicabilidade das agravantes previstas nos incisos **II, IV, VII**, do artigo 26 do Decreto 2.181/97, vez que o fornecedor cometeu a prática infrativa com intuito de aumentar suas vendas, fazendo isto se aproveitando da deficiência de julgamento das crianças. Ainda, sendo notificado pelo Instituto Alana, não tomou providências para evitar ou mitigar as consequências. Portanto, o multiplicador aplicável é igual a **1,3**.

Um último aspecto a ser considerado é se o fornecedor pode ser considerado reincidente (REI), nos termos do artigo 26, I c/c 27 do Decreto 2.181/97, na medida em que tiver processos com decisão definitiva incluídos no Cadastro de Defesa do Consumidor como “NÃO RESOLVIDO”. Caso o fornecedor seja reincidente, o multiplicador aplicável será determinado com base no número de processos incluídos no Cadastro de Defesa do Consumidor. Porém, se o fornecedor for primário, o multiplicador aplicável será sempre igual a 1. (Vide Anexo VII da Portaria Procon/PR nº 05/2017)

Em consulta ao Cadastro de Defesa do Consumidor, mantido pelo órgão, considerando o período referente aos últimos 5 anos, verificou-se que o fornecedor não possui processos com decisão definitiva incluída no Cadastro de Defesa do Consumidor, portanto o multiplicador aplicável no caso em análise é igual a **1**, já que é primário.

Os parâmetros acima fixados para o caso em análise, aplicados conforme a fórmula abaixo transcrita, perfizeram o valor da multa em R\$ 108.778,41 (cento e oito mil, setecentos e setenta e oito reais e quarenta e um centavos).

$VM = (MM \times IG \times SE \times VA) \times (AT) \times (AG) \times (REI)$

$VM = (619,82 \times 3 \times 50 \times 1) \times (0,9) \times (1,3) \times (1)$

$VM = 108.778,41$

Notifique-se a empresa reclamada para que recolha o valor da multa aplicada em conta do FECON – Fundo Estadual do Consumidor, ou apresente recurso, nos termos do artigo 49 do Decreto Federal n.º 2.181/97.

É a decisão.

Curitiba, 07 de fevereiro de 2018

CLAUDIA FRANCISCA SILVANO
Coordenador do PROCON PR