



9058492



08012.005469/2014-11

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA****Nota Técnica n.º 224/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ****Processo Administrativo N. 08012.005469/2014-11****Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (*Ex-officio*)****Representado: Diletto do Brasil Comércio de Sorvetes Ltda.****Assunto: Publicidade Enganosa**

Ementa: Processo Administrativo. Publicidade enganosa. *Storytelling*. Informações inverídicas sobre o sorvete Diletto. Infração aos artigos 4º, *caput*, incisos I e III; 6º, incisos III e IV; 31; 37, §§ 1º e 3º todos do Código de Defesa do Consumidor. Aplicação de sanção de multa no valor de R\$ 92.039, 25 (noventa e dois mil, trinta e nove reais e vinte e cinco centavos).

Senhor Coordenador-Geral de Consultoria Técnica de Sanções Administrativas,

I. Relatório

Trata-se de Processo Administrativo instaurado *ex officio* pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), em face da empresa Diletto do Brasil Comércio de Sorvetes Ltda. (Representada), em razão de publicidade enganosa acerca da história do sorvete Diletto.

O DPDC tomou conhecimento da publicidade em questão em razão de matéria veiculada pela revista Exame, edição n. 1076, de outubro de 2014, intitulada “*Marketing* ou mentira?”. Segundo a reportagem, a Representada adotou a estratégia publicitária de criar histórias sobre a origem e fabricação de produtos, denominada *Storytelling*. A revista abordou que a publicidade da Representada consistia na história de que a inspiração para criar os picolés teria vindo do avô do fundador da Diletto, o italiano Vittorio Scabin. Ele teria sido um sorveteiro, que utilizava frutas secas e neve nas receitas e residia na região de Veneto, na Itália. Contudo, com a Segunda Guerra Mundial, ele teria buscado abrigo em São Paulo. A foto de Vittorio Scabin estaria nas embalagens dos produtos e a história serviria para construir a identidade da empresa. No entanto, a revista afirmava que o avô italiano seria um personagem, que nunca teria existido.

Com a finalidade de instruir o procedimento, em 21 de novembro de 2014, por meio da Notificação n.1014/2014-CPA/CGCTPA/DPDC/SENACON/MJ, este Departamento solicitou esclarecimentos à Representada a respeito da reportagem divulgada em mídia (Revista) que trata da história do produto (fls. 1-6).

Em resposta, a Representada alegou que a fundação da empresa ocorreu em 2008 e relatou que seu objeto social consiste na qualidade dos produtos que remetem a massa italiana de um picolé. Tanto o nome quanto o conceito da marca estariam associados à Itália, especialmente, Veneto, região conhecida como produtora de sorvetes. O Urso Polar seria apenas a referência da marca, e por isso o *marketing* tratava apenas da história que serviu de inspiração para a empresa.

Além disso, a Representada sustentou que usou de enredo lúdico relacionado ao avô do fundador, comprovadamente italiano, sobre o conceito da qualidade e espírito artesanal que poderiam “transformar um picolé em felicidade”. Para a Representada, esta poderia ser comparada à técnica reconhecida pelo CDC como *puffing*, que pelo tom de exagero apresenta uma fuga à perspectiva de realidade. Afirmou, ainda, que inexistia qualquer infração ao CDC, pois em nenhum momento apresentou publicidade enganosa ou abusiva, pois as informações veiculadas acerca do produto seriam verídicas, e o enredo inspirado em valores reais, o que não apresentaria intervenção na qualidade do produto. (fls.9-21)

Em seguida, na data de 15 de julho de 2016, o DPDC enviou Ofício nº 251/2016/CCT - SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON-MJ ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), a fim de solicitar informações sobre eventuais providências adotadas pelo órgão e a respectiva conclusão, caso existente.

Em resposta, o CONAR afirmou que, em 2014, instaurou Representação Ética n. 263/14 contemplando o mesmo objeto da averiguação preliminar em análise. O Colegiado concordou com a necessidade de alteração de itens da campanha, limitando tais modificações à inscrição constante da embalagem de picolés e eventuais comunicações por internet que deveriam refletir, como verdadeiras criações artísticas e ficcionais. O voto do relator apontou que “*o encantamento e envolvimento emocional por meio da ludicidade não traz em si uma prerrogativa de tentar, com isso, ludibriar as pessoas.*”

Do mesmo modo, em 22 de setembro de 2016, o DPDC enviou o Ofício nº 252/2016/CCT - SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON-MJ ao Procon do Estado do Rio de Janeiro (Procon/RJ) no intuito de questionar sobre eventuais providências adotadas em relação ao tema em questão.

Em resposta, o Procon/RJ explicou que converteu em processo sancionatório o processo preliminar instaurado e que estaria pendente na primeira instância administrativa.

Por meio da Nota Técnica n. 4/2017/CCT/CGCTSA/DPDC/SENACON, de 27 de julho de 2017, o DPDC verificou que existiam indícios de violação aos artigos 4º, *caput*, incisos I e III, 6º, incisos III e IV, 31, 37, §§ 1º e 3º do CDC, tendo em vista que a história contada pela Representada era inverídica e sem informação ao consumidor sobre a estratégia de publicidade adotada.

Devidamente intimada, a Representada apresentou Defesa. Posicionou-se pela inexistência de publicidade enganosa, pois a publicidade seria apenas sobre a história da origem ou inspiração da empresa e não sobre o produto. Ademais, todas as informações sobre a matéria-prima utilizada para a fabricação dos picolés seriam verídicas e claras, de modo que não apresentariam risco ao consumidor. Para provar o alegado, a Representada juntou documentos para provar a origem de seus produtos.

Posteriormente, a Representada foi intimada para a apresentação de Alegações finais. Em síntese, reafirmou os argumentos anteriormente apresentados. Aduziu que já teria sido multada pelo Procon-RJ, de modo que eventual sanção no âmbito do DPDC seria *bis in idem*. Além disso, afirmou que não houve aplicação de sanção pelo CONAR. Em relação à marca, reiterou que existia ligação com a Itália, pois o fundador é neto de italiano, o que influenciou a sua formação. A publicidade seria composta por enredo lúdico, segundo a Representada, caracterizando *puffing* – técnica publicitária do exagero - e não publicidade enganosa.

Por fim, como o documento referente ao faturamento não estava legível, este Departamento enviou nova notificação, em 17 de junho de 2019, solicitando o envio do faturamento dos três meses anteriores à presente data. Em resposta, a Representada não atendeu ao solicitado, tendo em vista que juntou o registro de saídas. Em nova manifestação, a Representada solicitou dilação de prazo para a apresentação do faturamento.

É o relatório.

II. Fundamentação

A. A competência do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor na análise de condutas de fornecedores

A questão em exame ultrapassa contornos individuais para impactar a coletividade, dado que envolve a prestação de serviço em âmbito nacional, o que abrange amplo contingente de consumidores.

Diante disso, nos termos da legislação vigente (Decreto 9.150/17), ao DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, subordinado à Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, compete “*fiscalizar demandas de relevante interesse geral e de âmbito nacional e aplicar as sanções administrativas previstas nas normas de defesa do consumidor, podendo, para tanto, instaurar averiguações preliminares e processos administrativos*”.

Nas Alegações Finais, a Representada argumentou que teria sofrido a aplicação de sanção de multa pelo Procon do Rio de Janeiro, razão pela qual eventual a condenação deste Departamento configuraria *bis in idem*, pois ambas as condenações estariam na esfera administrativa.

Em que pese a argumentação apresentada, esta não merece prosperar. Não existe relação de hierarquia entre os órgãos que compõe o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Portanto, ainda que ambos estejam na esfera administrativa, são órgãos independentes.

Vale notar que, nos termos do inciso I do art. 3º do Decreto n. 2.181/1997, a competência da Senacon consiste, principalmente, em planejar a política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Não há qualquer previsão que implique na hierarquia em relação aos Procons.

Considerando que o DPDC, integrante da Senacon, não pode direcionar a atuação dos Procons, não cabe sustentar que existe *bis in idem*. Os Procons e o DPDC são órgãos distintos e com atuação independente. No caso de aplicação de sanção por ambos os órgãos, é necessário considerar a gradação da pena de multa, como será feito no caso em comento.

Em tempo, é importante ter em mente que o próprio Procon do Estado do Rio de Janeiro, ofício SEI 4903726 (apenso 08000.050116/2017-58) suscitou dúvida perante este DPDC se seria competente para processar e decidir o presente caso, ante sua dúvida sobre o âmbito nacional da conduta em apuração. Aliás, com as ponderações ora trazidas, fica claro que se responde afirmativamente pela competência do DPDC para processar e decidir o presente caso.

Desse modo, conclui-se que (i) não há qualquer impedimento para a atuação do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor; (ii) e inexistente *bis in idem* administrativo por se tratar de órgãos sem relação hierárquica.

B. A enganiosidade da publicidade que induz em erro o consumidor

A Constituição Federal (CF) de 1988 situa o Direito do Consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e da coletividade (art. 5º, inciso XXXII) e estabelece que é dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, além de determinar ser a proteção do consumidor baliza para a atividade econômica, nos termos do art. 170, inciso V.

Além disso, a CF também determina que “*é assegurado a todos o acesso à informação*” (art. 5º, inciso XIV). Nesse mesmo diapasão, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) define que o direito à informação adequada, clara e inequívoca (quantidade, características, composição, qualidade, preço, riscos) sobre os diferentes produtos e serviços é um direito básico do consumidor e pressuposto para o exercício do seu direito de escolha.

O CDC é um microsistema jurídico que determina a prevalência do princípio da boa-fé e transparência nas relações de consumo, com o intuito de garantir a harmonização dos interesses das partes. Tais princípios estão expressamente previstos no art. 4º do Código, o qual determina que o consumidor e o fornecedor contratem com lealdade e segurança recíprocas.

Aliás, o CDC instituiu o princípio da proteção da confiança do consumidor, tendo como um dos seus aspectos “a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços” [1]. A transparência, confiança, harmonia nas relações de consumo, reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, bem como a harmonização de interesses, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, são princípios que estão expressamente previstos no artigo 4º do CDC, no seguinte sentido:

*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:*

*I – **reconhecimento da vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo;*

(...)

*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**. (g.n.)*

Assim, nota-se que entre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo estão o respeito à dignidade, o atendimento à saúde e segurança dos consumidores, a proteção dos interesses econômicos e a transparência e harmonia nas relações de consumo através do reconhecimento do princípio da vulnerabilidade. Para Valério Dal Pai Moraes:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação[2].

Nesse passo, a vulnerabilidade é dividida em três[3] âmbitos de forma clássica para doutrina brasileira: a técnica, jurídica e fática. A reformulação dada pela Professora Cláudia Lima Marques ao conceito insere a ideia de vulnerabilidade informacional[4], justamente a mais importante para o caso em tela.

Dessa forma, a vulnerabilidade técnica seria a mais fácil de se identificar. Basicamente, pode-se resumir na ideia de que o consumidor não tem conhecimento do produto ou serviço que adquire, enquanto o fornecedor é aquele detentor deste conhecimento, nas lições de Bruno Miragem[5], o exemplo típico de relação é aquela do médico e paciente.

De outro lado, a vulnerabilidade jurídica é aquela em que o consumidor não entende quais as consequências de firmar um contrato ou estabelecer uma relação de consumo – para a Professora Claudia Lima Marques, estaria incluída aqui a vulnerabilidade além de jurídica, também a contábil e a econômica.

Em outro âmbito, a vulnerabilidade fática é mais abrangente, e é reconhecida no caso em concreto. É espécie importante, pois além de ser uma ideia/conceito genérica de vulnerabilidade é aqui que se estabelecem casos de dupla vulnerabilidade do consumidor idoso e criança.

Resta consignar que a vulnerabilidade informacional, nas lições da Professora Cláudia Lima Marques[6], representa verdadeiramente o fenômeno da sociedade informacional em que vivemos. Segundo entende, a sociedade informacional caracteriza-se pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação. Nesse contexto, o dever de informar ganha contornos importantíssimos e fundamentais nos tempos atuais, seja no direito civil ou no

direito do consumidor, em que sua importância é ainda maior, refletindo-se na proteção legal da vulnerabilidade do consumidor, nos termos do art. 4º, III, do CDC, exatamente a vulnerabilidade encontrada no caso em concreto, em que informações essenciais são omitidas aos consumidores.

O legislador definiu no CDC, entre os direitos básicos do consumidor, o direito à informação adequada e clara e a proteção contra a publicidade enganosa, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

*III – a **informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, **características, composição**, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

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

*§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, **capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.***

(...)

*§ 3º Para os efeitos deste código, **a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.** (g.n.)*

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antonio Herman V. Benjamin, também destaca a importância do direito à informação no Recurso Especial n.º 586.316/MG, *ipsis litteris*:

A informação é irmã-gêmea – ‘inseparável’, diz Jorge Mosset Iturraspe (Defensa Del Consumidor, 2ª ed., Santa fé, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 29) dos Princípios da Transparência, da Confiança e da Boa-fé Objetiva. Sem ela, esses princípios não se realizam. Por isso se apregoa que ser informado é ser livre, inexistindo plena liberdade sem informação. Perceptível, então, a contradição entre aqueles que pregam o ‘livre mercado’ e, ao mesmo tempo, negam, solapam ou inviabilizam a plena informação ao consumidor. Segundo, é a informação que confere ao consumidor ‘a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses’ (Gabriel A. Stilitz, Protección Jurídica Del Consumidor, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 45). Só o consumidor bem informado consegue de fato usufruir integralmente os benefícios econômicos que o produto ou serviço lhe proporciona, bem como proteger-se de maneira adequada dos riscos que apresentam. Por esse último aspecto (proteção contra riscos), a obrigação de informar deriva da obrigação de segurança, que modernamente, por força de lei ou da razão, se põe como pressuposto para o exercício de qualquer atividade no mercado de consumo.

Nesta esteira, o necessário alinhamento dos valores e princípios organizacionais das empresas com a política de oferta de produtos e serviços no mercado e a preocupação em relação à forma de comunicação dirigida ao consumidor na oferta, apresentam-se como indicativos sensíveis e reveladores dos padrões éticos das relações de consumo.

Devido à importância da informação como elemento essencial para a harmonia nas relações de consumo e o pleno direito de escolha do consumidor, o CDC estipula tal dever mais especificamente no artigo 31, *ipsis litteris*:

Art. 31. **A oferta e apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e ostensivas** e em língua portuguesa sobre as **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. (g.n.)

Dessa forma, o dispositivo acima impõe ao fornecedor o dever de informar acerca de certos dados essenciais, entre estes, a origem, a composição e as características, que significa, especificamente, quais seus valores exatos, quais suas condições de utilização, qual o limite de bagagem a ser transportado, etc. Importante enfatizar que não basta o fornecedor informar. Deve, necessariamente, informar de maneira correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa.

Do mesmo modo, é imprescindível frisar que os dados essenciais constantes no art. 31 acima mencionado são de observância obrigatória pelo fornecedor. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, em seus comentários ao CDC, explica: “Não se trata de listagem facultativa. É completamente obrigatória” [7]. Esclarece ainda que:

O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.

Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa. [8]

Com efeito, prover uma oferta de forma correta, adequada e clara é informar o consumidor, sem que ele necessite fazer qualquer esforço para entender a mensagem. Portanto, apenas se considera correta, adequada e clara aquela informação que desobriga o consumidor, sempre que vai adquirir algum produto ou serviço, de estar atento a detalhes inseridos *a latere* da publicidade em caracteres de tamanho diminuto.

O legislador pátrio conferiu proteção ao consumidor não apenas durante a relação contratual, mas principalmente no momento em que antecede a concretização do contrato, ou seja, relação pré-contratual. Nesta etapa da relação jurídica, em que há apenas a expectativa de consumo, é imprescindível que as informações acerca do produto ou serviço sejam prestadas de maneira correta, adequada e clara, porquanto é com base nesses dados que o consumidor irá fundamentar o seu consentimento e exercer sua liberdade de escolha. Com relação ao princípio da transparência das informações e proibição de toda publicidade enganosa, Cláudia Lima Marques leciona que:

No sistema do CDC, a transparência, a informação correta, está diretamente ligada à lealdade, ao respeito no tratamento entre parceiros. É a exigência de boa-fé quando da aproximação (mesmo que extra ou pré-contratual) entre fornecedor e consumidor. (...) Nesse sentido, o Código proíbe a publicidade enganosa. Aquele fornecedor, que fizer veicular uma publicidade enganosa, estará a descumprir a proibição legal do art. 37; logo, juridicamente, estará cometendo um ato ilícito, pois o dano em caso de publicidade é difuso, mas facilmente presumível. [9]

(...)

A característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor, mesmo através de suas ‘omissões’. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o ‘erro’ é a falsa noção da realidade, falsa noção esta potencial formada na mente do consumidor por ação da publicidade. Parâmetro para determinar se a publicidade é ou não enganosa deveria ser o observador menos atento, pois este representa uma parte não negligenciável dos consumidores e, principalmente, telespectadores [10].

Diante disso, percebe-se que na oferta do produto da Representada é capaz de induzir o consumidor em erro, tendo em vista que a publicidade estava baseada em história inverídica. Tal fato não pode ser caracterizado como exagero, pois houve a veiculação de informações falsas quanto à origem do produto.

O fornecedor ao colocar produto no mercado de consumo deve atender ao princípio da transparência nas relações de consumo tendo em vista ser responsável por todas as informações ou pela ausência delas relacionada ao produto e serviço. Trata-se de dever inerente a sua atividade econômica, conforme determinação legal (art. 31 do CDC); caso descumprido este dever terá que assumir todos os riscos, respondendo por qualquer vício de informação que impeça o consumidor de conhecer informações relevantes, diante de sua condição de vulnerabilidade na relação contratual.

Importante destacar ainda que o ato da empresa em questão feriu o princípio da boa-fé nas relações de consumo, consubstanciado no artigo 4º, inciso III, do CDC. O princípio da boa-fé pauta a teoria contratual moderna, tendo, conforme aponta Ronaldo Porto Macedo Júnior, entre seus significados mais comuns, de: “razoabilidade, lealdade, justiça, *fair conduct, reasonable standards of fair dealing*, decência, comportamento decente, sentido ético comum, solidariedade, lealdade e padrões comuns de justiça”.^[11] Ainda para Ronaldo Porto Macedo Jr.:

O aspecto relevante e comum aos significados possíveis é o de que a boa-fé é uma norma em referência a qual os membros de um grupo mantêm suas relações frente aos demais. Neste sentido, a boa-fé reporta-se necessariamente a uma comunidade de valores e expectativas compartilhados^[12].

Portanto, identifica-se na oferta do produto da Representada ofensa ao dever de informar, pois vulnera os princípios da boa-fé objetiva, da transparência, da confiança e da vulnerabilidade, uma vez que o modo como o produto é ofertado impede que o consumidor conheça, de fato, a sua história.

Segundo a publicidade em questão, a inspiração para os picolés teria tido origem com o avô do fundador da Diletto, o italiano Vittorio Scabin. Ele teria sido um sorveteiro, que utilizava frutas secas e neve nas receitas e residia na região de Veneto, na Itália. Contudo, com a Segunda Guerra Mundial, ele teria buscado abrigo em São Paulo. A foto de Vittorio Scabin estaria nas embalagens dos produtos e a história serviria para construir a identidade da empresa.

Ocorre que tais fatos eram inverídicos. Não se trata de mero exagero, pois houve a distorção da realidade para a criação de apelo publicitário apto a comover os consumidores. Aliás, não foi à toa que o CONAR determinou a retirada de tais informações das veiculações publicitárias da representada, conforme visto acima. Ainda que se diga que não há publicidade enganosa quanto à origem das matérias primas dos produtos da representada, isso é irrelevante para o deslinde da controvérsia: o que temos simplesmente é que toda a identidade da marca da representada é construída com base numa mentira apresentada como se fosse algo verídico. Não está configurado, no caso, a hipótese de *puffing*, na medida em que não se procurou apresentar ao consumidor uma história fantasiosa com o intuito de chamar sua atenção (prática essa, aliás, que se inclui no amplo espectro da livre iniciativa do empreendedor). O representado procurou, simplesmente, construir uma ideia tradição, que seria a espinha dorsal de toda a sua identidade de marca, com base em algo inverídico.

Assim, entende-se que a publicidade em questão violou os princípios básicos das relações de consumo, como a transparência e a boa-fé.

Desse modo, conforme o exposto, verifica-se infração aos 4º, *caput*, incisos I e III, 6º, incisos III e IV, 31, 37 §§ 1º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Passa-se, agora, à **dosimetria da pena**.

A individualização da sanção administrativa observou os critérios estabelecidos pelos artigos. 24 e 28 do Decreto Federal nº 2.181/1997, bem como da Portaria nº 07/2016 da SENACON. A fixação dos valores das multas às infrações ao Código de Defesa do Consumidor dentro dos limites legais previstos nos art. 9º e 12º da Portaria nº 7 da Senacon será feito levando em consideração os seguintes

parâmetros e critérios:

Gravidade da infração: enquadrada no anexo I, especificamente no grupo II, item "18. Promover publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 e §§ 1º, 2º e 3º) - grau médio - fator de multiplicação 2;

Extensão do Dano: enquadrada como coletivo - fator de multiplicação 6;

Condição Econômica do Fornecedor: empresa de médio porte, ante a ausência de seu enquadramento como empresa de pequeno porte ou como microempresa - fator de multiplicação 60;

Receita Mensal Bruta nos últimos 3 meses: **não informado pela empresa, tendo em vista que os documentos juntados não atenderam ao solicitado por este Departamento, de modo que foi estimado nos termos do § 1º do artigo 12 da Portaria n. 7, de 5 de maio de 2016.** Neste particular, estima-se o faturamento anual em R\$ 3.600.000,01 (três milhões seiscentos mil reais e um centavo), mínimo legal para a espécie. Assim, sua receita mensal bruta fica estimada em 0,025% desse valor.

Assim, multiplicando-se tais variáveis (2x6x60x3.600.000,00x0,00025), chega-se a cifra de R\$ 648.000,00 (seiscentos e quarenta e oito mil reais).

Sendo o representado primário, e não havendo a concorrência de outras circunstâncias atenuantes e nem de outras agravantes, diminui-se a pena em um terço, sendo ela fixada em R\$ 432.000,00 (quatrocentos e trinta e dois mil reais).

No entanto, verifica-se que a aplicação, à risca da letra da Portaria 07/2016, no presente caso, colocaria a pena fixada em desatendimento da norma que lhe é hierarquicamente superior, qual seja, o art. 28, do Dec. 2.181/97, que traz como parâmetros, "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 (grifos nossos)".

Assim, aplica-se ao caso, o art. 14, § 2º, da Portaria nº 07/2016 SENACON, a qual dispõe da seguinte forma:

Art. 14 (...)

§ 2º Adotados os parâmetros e critérios acima para a fixação da pena de multa, uma vez verificada eventual extrapolação dos limites fixados pelo parágrafo único, do art. 57, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou, ainda, o não atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, caberá à Senacon, em decisão fundamentada, adequá-la a tais diretrizes legais e principiológicas.

Assim, para fins de adequação da proporcionalidade da pena fixada, considerando os fatores acima narrados, - quais sejam: pagamento da multa aplicada pelo PROCON/RJ - no total de R\$ 7.960,75 (sete mil, novecentos e sessenta reais e setenta e cinco centavos) - primariedade da representada, prévia punição pelo CONAR, culpabilidade reduzida do agente, e caracterização como empresa de médio porte - **fixa-se a pena definitiva em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).** Em tempo, a tal valor deverá ser deduzida a quantia paga pela punição aplicada pelo PROCON/RJ devidamente atualizada, ficando a pena ora aplicada fixada em **R\$ 92.039,25 (noventa e dois mil, trinta e nove reais e vinte e cinco centavos), a qual sugere-se seja tornada definitiva.**

III. Conclusão

Desse modo, sugere-se:

a) A intimação da empresa DILETTO DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA., inscrita no CNPJ sob o número 10.350.788/0001-10, para que deposite o valor definitivo da multa - no total de **R\$ 92.039,25 (noventa e dois mil, trinta e nove reais e vinte e cinco centavos)** - em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos termos da Resolução CFDD nº 30, de 26 de novembro de 2013, consoante determina o art. 29, do Decreto nº 2181/97, sendo o pagamento de total responsabilidade da Representada. **A Representada é totalmente responsável pelo pagamento da multa, devendo**

comprovar o recolhimento ao DPDC, bem como pelo CNPJ informado nos autos.

b) A expedição de ofício circular aos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, dando ciência e encaminhando cópia da decisão em tela.

c) Transcorrido o prazo recursal, e não tendo a empresa se manifestado, remeta-se o processo administrativo à COAFin para comprovação do pagamento ou não da multa.

d) Na ausência do pagamento da multa ou de apresentação de recurso, retorne o processo administrativo à Coordenação-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas, para providências quanto o envio dos autos à Procuradoria Geral da Fazenda (PFN) para inscrição em dívida ativa.

e) Nos termos da Portaria nº 8, de 5 abril de 2017, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que trata do recolhimento da multa aplicada nos processos administrativos que tramitem nessa Secretaria, a Guia de Recolhimento da União (GRU) para pagamento do valor da multa aplicada no âmbito do processo deverá ser expedida pela parte interessada. A parte é responsável pelos dados lançados na GRU, inclusive quando houver impossibilidade de identificação do pagamento por incoerências no seu preenchimento. Para preenchimento da GRU, devesse o fornecedor seguir as instruções do Anexo I, dessa portaria. É dever da parte juntar aos autos cópia da GRU no prazo de 5 (cinco) dias a partir do recolhimento, a fim de que seja arquivado o processo. A falta de identificação de pagamento da multa, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, ensejará a inscrição do débito em dívida ativa da União.

JACQUELINE SALMEN RAFFOUL COSTA
Chefe de Divisão de Sanções Administrativas

FERNANDA VILELA OLIVEIRA
Coordenadora de Sanções Administrativas

De acordo. Ao Sr. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

LEONARDO ALBUQUERQUE MARQUES
Coordenador-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas

[1] MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, 3a ed., 1999, p. 126 e 127.

[2] Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 125

[3] De outro modo escreve Moraes, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141 a 191, que haveria além dos três conceitos clássicos outras espécies de vulnerabilidade: política ou legislativa, neuropsicológica, econômica e social, ambiental e tributária.

[4] "O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor [. . .] constitui presunção legal absoluta [. . .] A doutrina e jurisprudência vêm distinguindo diversas espécies de vulnerabilidade. Entre nós, é conhecida a lição de Cláudia Lima Marques que distingue a vulnerabilidade em três grandes espécies: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica; e vulnerabilidade fática. E recentemente identifica a autora gaúcha uma quarta espécie de vulnerabilidade, a vulnerabilidade informacional." (MIRAGEM, 2008, p. 61-64).

- [5] MIRAGEM, Bruno Nunes. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 63
- [6] Neste sentido, *vide* o Manual de Direito do Consumidor MARQUES *et all*, 2009, p. 76-77: “Resta analisar a *vulnerabilidade informacional*, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da confiança.”
- [7] GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 246.
- [8] GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al.* Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 245.
- [9] MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor /Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 252-253.
- [10] *Ibid.* p. 737-738.
- [11] MACEDO JR, Ronaldo Porto, Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo, Max Limonad, 1998, p.229.
- [12] *Ibid.* p. 229.



Documento assinado eletronicamente por **Leonardo Albuquerque Marques, Coordenador(a)-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas**, em 18/07/2019, às 19:49, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **FERNANDA VILELA OLIVEIRA, Coordenador(a) de Sanções Administrativas**, em 18/07/2019, às 20:01, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Jacqueline Salmen Raffoul da Costa, Chefe da Divisão de Sanções Administrativas**, em 18/07/2019, às 20:01, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **9058492** e o código CRC **0F3B65F1**
O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/aceso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.