

WAMBIER
&
ARRUDA ALVIM WAMBIER
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

N 134929.2 - REX - Especiais David, Renata e Christovan - Renata Fortes Damasceno

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n.º 1558086



PANDURATA ALIMENTOS LTDA., já qualificado nos autos de *Embargos de Declaração em Recurso Especial* em epígrafe, em que é Embargante, sendo Embargado o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por seus procuradores ao final assinados, interpor

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

contra o v. Acórdão de fls. 1470/1479, complementado pelo v. Acórdão de fls. 1528/1534, proferidos pela Colenda 2ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o que faz com fundamento no inciso III, alínea "a" do art. 102 da Constituição Federal, pelos motivos que seguem expostos.

Curitiba: Rua Hildebrando Cordeiro, 30 • Ecoville • Tel. (41) 3336-1323 / (41) 3301-3800 - Fax (41) 3301-3801 • 80740-350 • PR
Ponta Grossa: Praça Marechal Floriano Peixoto, 52 • Centro • Tel. (42) 3225-5532 / (42) 3311-1100 - Fax (42) 3311-1106 • 84010-680 • PR
Florianópolis: Av. Rio Branco, 404, Torre 1, cj. 1206 • Centro • Tel. (48) 3225-2628 / (48) 3733-3700 - Fax (48) 3733-3701 • 88015-200 • SC
Porto Alegre: Av. Getúlio Vargas, 901, cj. 1705 • Menino Deus • Tel. (51) 3232-9902 / (51) 4009-2500 - Fax (51) 4009-2501 • 90150-003 • RS
Sinop: Rua das Castanheiras, 519, sala B • Centro • Tel. (66) 3531-0843 / (66) 3531 - 0328 - Fax (66) 3531-0843 • 78550-272 • MT
Brasília: SHIS, QL.08, cj. 05, casa 12 • Lago Sul • Tel. (61) 3248-6363 - Fax (61) 3364-2710 • 71620-255 • DF
wambier@wambier.com.br

Egrégio Supremo Tribunal Federal

Colenda Turma

Excelentíssimos Senhores Ministros

O presente recurso se volta contra restrição genérica imposta pelo Judiciário, impedindo a Recorrente de promover publicidade ao público infantil e a distribuição de brindes pela compra de produtos, independentemente de qualquer lei que a obrigue nesse sentido. Tais restrição afrontam os direitos constitucionais de liberdade, da legalidade e de livre iniciativa. Com efeito, nem toda publicidade ou promoção destinada ao público infantil é abusiva, de modo que eventual excesso deveria ser corrigido de acordo com o **caso concreto**, nunca de forma **genérica**, em mitigação das liberdades constitucionais.

1. BREVE RETROSPECTIVA.

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública sustentado que **determinada** campanha publicitária da Recorrente – denominada "Gulosos"¹ – seria abusiva, porque direcionada ao público infantil e porque incorreria em venda casada. Diante da suposta abusividade da campanha, requereu a condenação da empresa na:

- i)** obrigação de não fazer consistente em não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos;
- ii)** obrigação de não fazer consistente em não mais promover publicidade que direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo que explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento;

¹ Em linhas gerais, por meio dessa campanha, as embalagens de alguns produtos da Recorrente passaram a ostentar a imagem do personagem "Shrek". Além disso, o consumidor que juntasse 5 embalagens de produtos da linha "GULOSOS" poderia trocá-las, juntamente com mais R\$ 5,00, por um relógio.

iii) a indenização por danos difusos.

A Recorrente apresentou contestação sustentando que o pedido afronta importantes preceitos constitucionais, tais como o exercício da liberdade de expressão, da ordem econômica, da livre concorrência e da legalidade. Demonstrou, ainda, a não ocorrência da venda casada e a adequação da campanha publicitária "Gulosos".

A ação foi julgada improcedente, assinalando o d. magistrado que "o Ministério Público não logrou êxito em enquadrar a prática da ré em qualquer ilícito ou atuação irregular, pois, de fato, não há norma proibitiva de realização de semelhantes campanhas publicitárias. Diante disso, tendo em conta o princípio da legalidade, não há empecilho algum no ordenamento do consumidor brasileiro, que impeça a empresa-ré de aceitar tal anúncio promocional."

Contra a r. sentença, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, que foi provido para:

i) condenar a apelada a não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância das regras próprias, com a fixação da pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (...) bem como:

ii) indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, mediante o recolhimento da quantia de R\$ 300.000,00 (...).

A simples leitura do v. acórdão proferido pelo C. TJ/SP pode resultar na conclusão de que a Recorrente estaria impedida de realizar **toda e qualquer publicidade destinada ao público infantil**, além de estar proibida de realizar **atos promocionais**, como a distribuição de brindes pela compra de produtos. Ou seja, ao invés de julgar o caso concreto, o Tribunal local proferiu **determinação**

genérica, em violação aos princípios da liberdade de expressão, livre iniciativa e legalidade constitucionalmente previstos.

A Recorrente, então, interpôs Recurso Especial, destacando a ilegalidade da interpretação conferida pelo TJSP. Todavia, o E. STJ negou provimento ao recurso. Irresignada, a Recorrente opôs Embargos de Declaração buscando o esclarecimento de pontos obscuros/omissos, que foram rejeitados.

Ocorre que, com o devido respeito, os vv. acórdãos prolatados, nitidamente, incorreram em afronta à Constituição Federal, uma vez que vedação genérica à publicidade infantil ou à distribuição de brindes promocionais viola os princípios da liberdade de expressão (art. 200), da livre iniciativa (art. 170) e da legalidade (art. 5º, II).

2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Preliminarmente, cumpre assinalar que todos os requisitos para admissibilidade deste Recurso Especial estão presentes, a saber:

(i) **tempestividade:** a decisão recorrida foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 13/06/2016, considerando-se publicada no dia 14/06/2016. Assim, o prazo de 15 dias úteis para interposição vence em 05/07/2016, estando comprovada, portanto, a tempestividade deste recurso;

(ii) **preparo:** houve a realização do preparo, conforme comprovantes de pagamento anexos;

(iii) **prequestionamento:** O fundamento da tese jurídica do presente recurso – ofensa ao pleno exercício da liberdade de expressão, livre iniciativa e legalidade – foi tratado pelo Tribuna *a quo*. Confira-se:

“É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).” (...)

“A controvérsia cinge-se a saber se ficou configurada a venda casada na estratégia de marketing desenvolvida pela recorrente, na qual, mediante 5 (cinco) rótulos de produtos da linha "Gulosos", o consumidor poderia comprar um relógio pelo valor de R\$ 5,00 (cinco reais)”.

Em outras palavras, o E. STJ entendeu que as limitações à publicidade comercial da Recorrente não violariam os princípios da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da legalidade.

3. QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL: A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL TRAZIDA À APRECIÇÃO - ART. 102, §3º DA CF.

No caso, há ofensa aos princípios constitucionais da liberdade de expressão (art. 200), da livre iniciativa (art. 170) e da legalidade (art. 5º, II), consubstanciada na vedação **genérica** de realizar publicidade ou distribuição de brindes ao público infantil - questão relevante do ponto de vista econômico, social e jurídico.

Não está em discussão a reprovabilidade ou não da campanha publicitária “Gulosos”, porque isso demandaria o reexame de provas e encontraria óbice na Súmula 279 desse E. Tribunal. O que se coloca à apreciação é a **limitação da liberdade econômica e de expressão** imposta, de forma ampla e genérica, pelo Judiciário, o que certamente transcende os limites objetivos da lide.

Ademais, em agosto de 2015, esse E. STF se manifestou no sentido de reconhecer a repercussão geral de questão correlata, acerca dos limites da liberdade de expressão. O *leading case* (RE 662055) tratou de discussão bastante semelhante à presente – *"Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas."*² – e concluiu pela **existência de repercussão geral da matéria**.

Judiciosamente, o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso asseverou que: *"A construção de parâmetros a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais é matéria de evidente repercussão geral, sob todos os pontos de vista (econômico, político, social e jurídico), haja vista a relevância e a transcendência dos direitos envolvidos num Estado Democrático de Direito."*

A presente controvérsia constitucional, portanto, preenche os requisitos de repercussão geral, devendo ser analisada por esse E. Supremo Tribunal Federal, em razão de sua relevância do ponto de vista econômico, social e jurídico.

4. RAZÕES DE REFORMA DO V. ACÓRDÃO

Por meio do v. acórdão recorrido, os Exmos. Ministros da 2ª Turma do E. STJ reputaram *"irretocável"* a decisão do e. TJSP que impôs condições às campanhas publicitárias da Recorrente, e sanções para o caso de eventual descumprimento.

Ocorre que o E. STJ, ao manter o acórdão proferido pelo E. TJSP, restringiu, de forma genérica, como se legislador fosse, a liberdade de expressão

2 Tema 837 – STF, Publicado em 03/09/2015.

e comercial da Recorrente, condenando-a a *"não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças."*

Ou seja, ao invés de se corrigir uma prática do passado, o E. STJ acabou por limitar, de forma permanente, a atuação publicitária da Recorrente, em afronta aos princípios da liberdade de expressão (art. 200), da livre iniciativa (art. 170) e da legalidade (art. 5º, II).

4.1. OFENSA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO -
ART. 220 DA CF

De acordo com Luis Roberto Barroso, "a realização de publicidade comercial é uma modalidade de direito fundamental^{3º}". Com efeito, ao lado do direito à vida e à integridade física, a liberdade de expressão é considerada um dos valores essenciais para a existência humana digna.

Demais, como uma reação à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou especial ênfase à liberdade de expressão — aí compreendidas a liberdade de manifestação do pensamento e de criação — e ao direito à informação, consagrando-os em diversos dispositivos, especialmente no art. 220:

"A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

A publicidade é considerada forma de exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de criação e uma modalidade de comunicação social. Assim, pela Constituição, é fora de dúvida que a publicidade é uma forma

de expressão protegida, de modo que qualquer ação nesse campo deve ser pautada em prestígio da liberdade.

Portanto, a restrição imposta no v. acórdão configura censura à atividade publicitária da Recorrente, ampliando o próprio objetivo inicial da demanda (vedar a suposta abusividade da campanha publicitária denominada "Gulosos").

O Exmo. Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 19548, já asseverou que: **"nada há mais nocivo, nada há mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente interferir em seu exercício mediante imposição de condenações criminais e/ou civis), pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre"**⁴.

De fato, a democracia depende de acesso mais amplo possível à informações, ideias e opiniões, que não podem estar sujeitas a restrições. Somente situações que revelem alto grau de ameaça – tal como incitação ao ódio racial e étnico – justificam a mitigação à liberdade de expressão. Até porque a livre manifestação do pensamento não se sujeita a outras disposições que não sejam aquelas estabelecidas na própria Constituição.

Dessa forma, não se pode conceber que o Judiciário vede, aprioristicamente, toda e qualquer campanha publicitária dirigida ao público infantil pela Recorrente, sob pena de censura.

4.2. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - ART. 5º, II, DA CF.

³ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 109/141, jul./set. 2004.

WAMBIER
&
ARRUDA ALVIM WAMBIER
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

9

Também, com o devido respeito, não caberia ao Judiciário **fazer as vezes do legislador**, impondo limitações genéricas ao exercício da liberdade de expressão, sob pena de ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal.

Sabe-se, contudo, que a liberdade de expressão não é um valor absoluto. Como todo direito fundamental, esta poderá sofrer limitações em face de outros valores constitucionais. Ocorre que, no que toca à disciplina da liberdade de expressão, sob a forma de propaganda e marketing, a Constituição atribuiu essa competência **exclusivamente** ao congresso nacional (art. 220, §3º), não ao Judiciário:

“§ 3º Compete à lei federal: (...) II - 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”.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, veda apenas a publicidade abusiva, por meio do exame no caso concreto, realizado pelo Poder Judiciário. Não é possível, portanto, sustentar que **toda publicidade destinada ao público infantil** seja abusiva. O tema é, ainda, objeto de debate no mundo todo e não há, no Brasil, vedação legal genérica à publicidade dirigida ao público infantil.

Pretender o contrário é transformar a presente ação civil pública, de instrumento de afirmação dos direitos coletivos, em instrumento de insegurança jurídica e de violação à legalidade⁵.

⁴ Publicado em 15/12/2015, g.n.

⁵ A doutrina tem se manifestado negativamente a respeito desse “mau uso” das ações civis públicas; isto é, quando por meio delas se busca a imposição de obrigação nova, com base em um juízo de equidade, sem respaldado em um dispositivo legal concreto. Na obra de Hely Lopes Meirelles atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ao tratar da “patologia” das ações coletivas, os autores assinalam que: “A ação civil pública não é instrumento de equidade, de direito alternativo, ou de proteção de interesses não consagrados pela Lei. Por mais que a nossa legislação se refira a interesses difusos, aplica-se a lição de Cappelletti, de acordo com a qual a ação pública protege 'o interesse difuso, na medida em que a Lei substantiva o

4.2. OFENSA À LIVRE INICIATIVA – ART. 170 DA CF.

Também é necessário considerar que a publicidade é um elemento indissociável do exercício das atividades econômicas. Com efeito, a publicidade é de tal forma necessária à atividade de produção e comercialização de bens e serviços no âmbito da sociedade contemporânea, que se torna um requisito essencial ao desenvolvimento de qualquer atividade econômica.

Dessa forma, além de estar protegida pelos preceitos constitucionais relativos à liberdade de expressão, **a publicidade encontra amparo também na liberdade de iniciativa**, princípio fundamental da ordem constitucional econômica (art. 170, IV, da CF):

“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 (...)”.

A proteção à liberdade de iniciativa econômica depende, ademais, de isonomia entre os agentes de um determinado mercado. No caso, ao impor restrições publicitárias e de distribuição promocionais de brindes apenas à Recorrente (ao passo em que outros agentes desse mercado não estariam sujeitos as mesmas restrições) criam-se distorções concorrenciais anti-isonômicas, em prejuízo aos consumidores e à ordem econômica.

Assim, por violar também o princípio constitucional da livre iniciativa, o v. acórdão deve ser reformado.

5. CONCLUSÃO:

transforma em direito”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 226).

Curitiba: Rua Hildebrando Cordeiro, 30 • Ecoville • Tel. (41) 3336-1323 / (41) 3301-3800 - Fax (41) 3301-3801 • 80740-350 • PR
Ponta Grossa: Praça Marechal Floriano Peixoto, 52 • Centro • Tel. (42) 3225-5532 / (42) 3311-1100 - Fax (42) 3311-1106 • 84010-680 • PR
Florianópolis: Av. Rio Branco, 404, Torre 1, cj. 1206 • Centro • Tel. (48) 3225-2628 / (48) 3733-3700 - Fax (48) 3733-3701 • 88015-200 • SC
Porto Alegre: Av. Getúlio Vargas, 901, cj. 1705 • Menino Deus • Tel. (51) 3232-9902 / (51) 4009-2500 - Fax (51) 4009-2501 • 90150-003 • RS
Sinop: Rua das Castanheiras, 519, sala B • Centro • Tel. (66) 3531-0843 / (66) 3531 - 0328 - Fax (66) 3531-0843 • 78550-272 • MT
Brasília: SHIS, QL.08, cj. 05, casa 12 • Lago Sul • Tel. (61) 3248-6363 - Fax (61) 3364-2710 • 71620-255 • DF
wambier@wambier.com.br

WAMBIER
&
ARRUDA ALVIM WAMBIER
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

11

Diante do exposto, a Recorrente espera que o presente recurso seja admitido e provido para reformar o v. Acórdão recorrido, reconhecendo o direito constitucional da Recorrente de desenvolver sua atividade comercial e suas campanhas publicitárias, cabendo a análise de eventual excesso ser apurado individualmente no caso concreto.

Por fim, a Ré requer que todas as intimações sejam feitas em nome de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Evaristo Aragão Ferreira dos Santos, conjuntamente, conforme substabelecimento já juntado nos autos, sob pena de nulidade.

Esperam deferimento.

Curitiba, 5 de julho de 2016.

Luiz Rodrigues Wambier
OAB/PR 7.295

Priscila Kei Sato
OAB/PR 42.074

Impresso por: 402.756.498-73 ARE 2036825
Em: 16/11/2017 - 15:01:46

Curitiba: Rua Hildebrando Cordeiro, 30 • Ecoville • Tel. (41) 3336-1323 / (41) 3301-3800 - Fax (41) 3301-3801 • 80740-350 • PR
Ponta Grossa: Praça Marechal Floriano Peixoto, 52 • Centro • Tel. (42) 3225-5532 / (42) 3311-1100 - Fax (42) 3311-1106 • 84010-680 • PR
Florianópolis: Av. Rio Branco, 404, Torre 1, cj. 1206 • Centro • Tel. (48) 3225-2628 / (48) 3733-3700 - Fax (48) 3733-3701 • 88015-200 • SC
Porto Alegre: Av. Getúlio Vargas, 901, cj. 1705 • Menino Deus • Tel. (51) 3232-9902 / (51) 4009-2500 - Fax (51) 4009-2501 • 90150-003 • RS
Sinop: Rua das Castanheiras, 519, sala B • Centro • Tel. (66) 3531-0843 / (66) 3531 - 0328 - Fax (66) 3531-0843 • 78550-272 • MT
Brasília: SHIS, QL.08, cj. 05, casa 12 • Lago Sul • Tel. (61) 3248-6363 - Fax (61) 3364-2710 • 71620-255 • DF
wambier@wambier.com.br