

Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello, d. integrante do Egrégio Supremo Tribunal Federal

ARE nº 1038825/SP



PANDURATA ALIMENTOS LTDA., já qualificada nos autos de *Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário* em epígrafe, em que é Recorrente, sendo Recorrido o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por seus procuradores ao final assinados, com fundamento no art. 1.021 do Código de Processo Civil, interpor **AGRAVO INTERNO** diante da r. decisão que inadmitiu o recurso interposto.

1. BREVE RETROSPECTIVA.

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública sustentando que determinada campanha publicitária da Agravante – denominada “Gulosos¹” – seria abusiva, porque: *i)* direcionada ao público infantil e; *ii)* 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 dirigida a crianças;

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 Agravante 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 cominação 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 condenação, nos termos do v. acórdão, é excessivamente genérica e pode resultar na conclusão de que a Agravante estaria impedida de realizar **toda e qualquer publicidade destinada ao público infantil**, além de estar proibida de realizar **qualquer ato promocional** acompanhado da distribuição de brindes pela compra de produtos.

A Agravante, então, interpôs Recurso Especial, destacando a ilegalidade da interpretação conferida pelo TJSP, especialmente, porque não há

norma no ordenamento jurídico que vede a realização de publicidade dirigida ao público infantil.

O E. STJ, contudo, negou provimento ao recurso com base em uma interpretação **inovadora, sem respaldo constitucional**, a respeito dos arts. 37, § 2º, do CDC (vedação à publicidade abusiva), e 39, I, do CDC (vedação à venda casada), **para reiterar a proibição de toda publicidade infantil ou distribuição de brindes promocionais destinados às crianças:**

“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”

Todavia, com o devido respeito, **essa r. decisão incorre em afronta à Constituição Federal, uma vez que a vedação geral 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). Razão pela qual, se interpôs Recurso Extraordinário.

O recurso, no entanto, foi inadmitido pelo E. STJ, sob o fundamento de que a ofensa aos dispositivos constitucionais questionados seria meramente reflexa. Contra essa r. decisão, interpôs-se agravo a esse E. STF, que foi distribuído à relatoria do Exmo. Min. Celso de Mello.

O Exmo. Relator, em r. decisão monocrática, inadmitiu o recurso, assinalando que: **i)** a ofensa seria meramente reflexa; **ii)** e que seria necessário o reexame do acervo probatório.

Ocorre que, com o máximo respeito, ao contrário do que se consignou na r. decisão, a ofensa constitucional é direta e independe do reexame de fatos e provas. Em verdade, o recurso extraordinário envolve questão **eminentemente constitucional** e, convém destacar, de **relevantíssima**

repercussão social, jurídica e econômica que precisa ser enfrenta por esse E. STF, como se passa a demonstrar.

2. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO: OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO

Consignou-se na r. decisão recorrida *“que a suposta ofensa ao texto constitucional, caso existente, apresentar-se-ia por via reflexa, eis que a sua constatação reclamaria – para que se configurasse – a formulação de juízo prévio de legalidade fundado na vulneração e infringência de dispositivos de ordem meramente legal”*.

Sabe-se que esse E. STF possui o entendimento de que não cabe a interposição do recurso extraordinário quando a decisão recorrida estiver baseada em interpretação da legislação infraconstitucional - situação em que, eventual ofensa ao texto constitucional seria “apenas” reflexa.

Os exemplos mais típicos são os recursos extraordinário interpostos com base na violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV). Nesses casos, como a aplicação desses dispositivos constitucionais foi disciplinada pela legislação infraconstitucional, especialmente por meio do Código de Processo Civil, a competência para exame dessas questões seria do E. STJ.

A situação do presente recurso, no entanto, **é outra**. A r. decisão recorrida não se limitou à aplicação dos dispositivos legais, mas adotou um **posicionamento inovador** e que **excede a disciplina** fixada pelo legislador infraconstitucional, ferindo, **em grande densidade**, direitos fundamentais previstos na Constituição.

Explica-se.

Nos termos do art. 37, § 2º, do CDC, é proibida a publicidade abusiva, definida como aquela em que o fornecedor **“se aproveita da**

deficiência de julgamento e experiência da criança, *desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*".

O v. acórdão proferido pelo E. STJ, contudo, vai além do dispositivo, assinalando que **toda e qualquer publicidade dirigida à criança deve ser considerada abusiva** – e não apenas aquelas que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência do público infantil.

Ou seja, embora **não exista norma vedando a realização de semelhantes campanhas publicitárias**, o E. STJ construiu essa proibição a partir de uma interpretação muito particular do CDC.

Ao assim decidir, incorreu em ofensa aos direitos fundamentais de liberdade de expressão (art. 200), da livre iniciativa (art. 170) e da legalidade (art. 5º, II), dando **interpretação inconstitucional** aos arts. 37, § 2º, e 39, I, do CDC.

Como assinala Bruno Dantas, *"a aplicação da doutrina da ofensa direta não pode ser automática e cega. Antes, o STF deve verificar o próprio texto constitucional. Nessa linha de raciocínio, o ponto fulcral, segundo pensamos, deveria residir na intensidade da ofensa reflexa, inadmitindo-se aqueles recursos em que se verificasse um baixo grau de intensidade"*. (grifamos)

De fato, o requisito da "ofensa direta" tem mais relação com a **intensidade** da afronta constitucional, que com a existência de regra infraconstitucional própria a regular determinado tema constitucional. Até porque há situações em que, para demonstrar que houve a ofensa à Constituição Federal, a argumentação do recorrente tem, necessariamente, de passar pela lei ordinária³.

² DANTAS, Bruno. Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183.

³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 267-269.

Em outras palavras, há situações em que a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser reexaminada por esse E. STF, **sob a luz da Constituição Federal**. Especialmente nos casos em que a aplicação desses dispositivos envolva princípios de grande importância social, política, econômica ou jurídica, como no caso concreto.

Um exemplo é a aplicação do art. 20 do Código Civil, que trata da proibição da divulgação, publicação, exposição a utilização de escritos ou imagens que atinjam *"a honra, a boa fama ou a respeitabilidade"* da pessoa. Tal dispositivo, evidentemente, deve ser interpretado de acordo com o princípio da liberdade de expressão (art. 200 da CF), tendo, inclusive, esse E. STF já reconhecido a repercussão geral dessa questão (RE 662055):

*"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."*⁴

Em pronunciamento nesse recurso, 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."*

O ARE 833248, da Relatoria do Exmo. Min. Dias Toffoli, também, envolve tema que perpassa pelo art. 20 do Código Civil:

"Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta por familiares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a

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

dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral”.

Nesse caso, o Exmo. Relator consignou que “*as matérias abordadas no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida **densidade constitucional**, extrapolam os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada”.*

Para finalizar, é preciso reforçar que a **relevância** econômica, social e jurídica do v. acórdão proferido pelo E. STJ efetivamente transborda os interesses subjetivos das partes, o que reforça ainda mais a **densidade constitucional**.

Ao concluir que **toda e qualquer publicidade dirigida à criança deve ser considerada abusiva** – e não apenas aquelas que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência do público infantil –, o v. acórdão representa um risco ao mercado publicitário brasileiro voltado a esse público, no caso de sua orientação ser seguida em casos análogos.

Note-se que, ao contrário do entendimento do v. acórdão proferido pelo E. STJ, outros Tribunais do país têm decidido em sentido diametralmente oposto, o que denota a relevância da apreciação da matéria objeto do recurso:

"APELAÇÃO – Anulação de ato administrativo com vistas a desconstituir o Auto de Infração lavrado pelo Procon – Alegação de violação ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor – Inocorrência – **Impossibilidade de presunção de qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil que tenha caráter abusivo** – Propaganda sem conteúdo apelativo, tampouco publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança – Sentença mantida – Recurso voluntário e Reexame necessário desprovidos.

[...]

É importante consignar que a reclamação realizada pelo Instituto Alana pressupõe que a publicidade dirigida ao público infantil já seria, por si só, abusiva. Todavia, impertinente tal argumento, pois impossível conceber que apenas a publicidade infantil já induz abusividade conforme alega o apelante, afinal existem padrões éticos para as publicidades que visam alcançar ao público infantil, os quais estão dispostos no art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

[...]

O fato de a publicidade ser endereçada ao público menor não significa a ocorrência de afronta ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, **o qual disciplina diretrizes em relação ao tema e veda publicidade que explore a ingenuidade da criança.** Para que haja violação ao referido dispositivo é necessário abusividade na conduta, o que não ocorreu in casu.

Aliás, ao contrário do que sustenta apelante, fato é que **nem o Código de Defesa do Consumidor, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco Código de AutoRegulamentação Publicitária proíbem a publicidade infantil.**

Tais diplomas legais disciplinam as regras que devem ser observadas, entre elas, a publicidade, que é fator coadjuvante na formação da subjetividade da criança, na medida em que a atuação da família, autoridades e educadores é primordial, ou seja, a publicidade infantil é expressamente permitida desde que observadas algumas orientações."

(TJSP, 3ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Ap. Cível n.º 1010889-46.2014.8.26.0053, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. 25.04.16 - destacamos).

A matéria debatida no presente recurso – **publicidade infantil** – inclusive é objeto da ADI n.º 5631, em trâmite perante esta E. Corte, em que é Autora a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – ABERT, na qual objetiva a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 13.582, de 14 de setembro de 2016, do Estado da Bahia, que regulamenta a publicidade infantil de alimentos naquele Estado, o que corrobora a relevância e intensidade da questão constitucional objeto do recurso.

Dessa forma, como o recurso extraordinário envolve temas de nítida **densidade constitucional** (especialmente os princípios da liberdade de expressão e da livre iniciativa), além de questões altamente **relevantes** do ponto de vista econômico, social e jurídico, ele deve ser admitido.

3. DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO: NÃO HÁ NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS - NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 279 DESSE E. STF

O Exmo. Relator consignou, ainda, que a aplicação dos dispositivos constitucionais apontados no recurso exigira o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que seria vedado nos termos do entendimento fixado na Súmula nº 279 desse E. STF.

Entretanto, os fatos são incontroversos, a saber, a **realização de publicidade ou distribuição de brindes ao público infantil**. Destaque-se, ademais, que o substrato fático foi expressamente consignado no v. acórdão recorrido:

“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”.

Não há, assim, necessidade do exame das provas produzidas nos autos.

O que se requer, primordialmente, é que esse E. STF exerça seu papel de intérprete máximo da Constituição, verificando se a solução adotada pelo E. STJ, de proibir toda forma de publicidade direcionada ao público infantil, é compatível com os princípios da liberdade de expressão (art. 200), da livre iniciativa (art. 170) e da legalidade (art. 5º, II).

ARRUDA ALVIM, ARAGÃO, LINS,
SATO & VASCONCELOS

ADVOGADOS

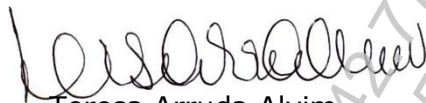
Portanto, inexistindo a necessidade do reexame de fatos ou provas, o Recurso Extraordinário deve ser admitido.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer-se o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformada a r. decisão agravada, dando-se seguimento ao recurso extraordinário interposto, para que seja julgado e, no mérito, provido pelas razões que nele foram expostas.

Por fim, requer que todas as intimações sejam feitas em nome de Teresa Arruda Alvim, Evaristo Aragão Santos, Maria Lúcia Lins Conceição e Priscila Kei Sato, conjuntamente, conforme substabelecimento já juntado nos autos, sob pena de nulidade.

Espera deferimento,
Curitiba, 25 de maio de 2017.


Teresa Arruda Alvim
OAB/PR 22.129


Priscila Kei Sato
OAB/PR 42.074