

WAMBIER  
&  
ARRUDA ALVIM WAMBIER  
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

N 134929.2 - ANR - Especiais David, Christovan - David Cardoso

Excelentíssima Senhora Ministra Laurita Vaz, Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial nº 1558086/SP



**PANDURATA ALIMENTOS LTDA.**, já qualificada nos autos de *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. 1.042 do Código de Processo Civil, interpor **AGRAVO** ao E. Supremo Tribunal Federal, diante da r. decisão que negou seguimento ao 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 “Gulosos<sup>1</sup>” – 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:

<sup>1</sup> 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.

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 OL.08, cj. 05, casa 12 • Lago Sul • Tel. (61) 3248-6363 - Fax (61) 3364-2710 • 71620-255 • DF

*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;

*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 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 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. Todavia, o E. STJ negou provimento ao recurso com base em uma interpretação **inovadora** 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.**

Todavia, com o devido respeito, essa r. decisão incorre em **afrenta** 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, considerando que a ofensa aos dispositivos constitucionais questionados seria meramente reflexa. Ocorre que, ao contrário, a ofensa ao texto Constitucional é direta, além de envolver relevante questão social, jurídica e econômica que precisa ser enfrentada 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 reforma do acórdão recorrido exigiria, de forma inquestionável, a prévia interpretação da lei federal, evidenciando que eventual ofensa ao Texto Constitucional somente ocorreria de maneira reflexa, circunstância que inviabiliza a abertura da via extraordinária"*.

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  
&  
ARRUDA ALVIM WAMBIER  
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

4

Com efeito, formou-se, no âmbito desse E. STF, o entendimento de que não caberia a interposição do recurso extraordinário quando a decisão recorrida estivesse 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.

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

Ou seja, embora **não exista norma proibitiva** de realização de semelhantes campanhas publicitárias, o E. STJ construiu essa proibição a partir de uma interpretação amplíssima 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*"<sup>2</sup>. (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 ordinária<sup>3</sup>.

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.

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

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

WAMBIER  
&  
ARRUDA ALVIM WAMBIER  
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

6

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."*<sup>4</sup>

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."*

Também o ARE 833248, da Relatoria do Exmo. Min. Dias Toffoli, 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 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***

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

*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".*

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.

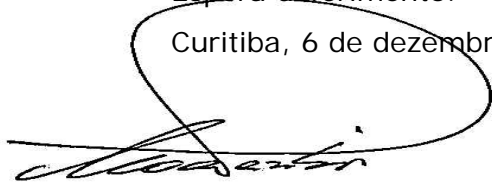
### 3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer o Agravante 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 Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim e Priscila Kei Sato, conjuntamente, conforme substabelecimento já juntado nos autos, sob pena de nulidade.

Espera deferimento.

Curitiba, 6 de dezembro de 2016.



Luiz Rodrigues Wambier

OAB/PR 7.295



Priscila Kei Sato

OAB/PR 42.074

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

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