

1433



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

RECURSO ESPECIAL 0035929-18.2012.8.26.0053 - 5ª CÂMARA DE DIREITO
PÚBLICO - Sala 502

Origem: 0035929-18.2012.8.26.0053 – 5ª VFP

100.FFPA.15.00253886-4 110615 1508 334

A FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR - PROCON, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no
CNPJ/MF sob nº 57.659.583/0001-84, nos autos da ação que lhe move
NESTLÉ BRASIL LTDA., vem interpor o presente AGRAVO DE DESPACHO
DENEGATÓRIO DE RECURSO ESPECIAL em face da r. decisão de fls., com
fulcro no artigo 544 e seguintes do Código de Processo Civil, pelas razões
expostas a seguir, requerendo seu recebimento e regular processamento.

Deixa de acostar cópias dos autos, nos termos do
artigo 544, da Lei 12.322/10 em vigor a partir de 09/12/10.¹

São Paulo, 10 de junho de 2015

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

¹ "Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

TJSP21NS1PI 16JUN15 16h47 2015.00340916-2(78)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor

MINUTA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Colendo Tribunal;
Eméritos Julgadores:

Excelentíssimo Desembargador da Seção de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça Paulista negou seguimento ao recurso especial interposto pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP.

O recurso foi interposto com base no artigo 105, III, letra “a” , da Constituição Federal.

A decisão recorrida entendeu que:

Trata-se de recurso especial interposto pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/SP, fundado no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República, sob alegação de violação a dispositivos legais.

O recurso não merece trânsito.

Com efeito, ao que se infere, os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar as conclusões do v. acórdão combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo, tampouco ficando evidenciado o suposto maltrato à norma legal enunciada, isso sem falar que rever a posição da Turma Julgadora importaria em ofensa à Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Inadmito, pois, o recurso especial.

A agravante não pode concordar com tal entendimento. Senão vejamos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor

Compete a esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça analisar a afronta às normas legais apontadas. Para viabilizar esse exame, a recorrente cuidou de demonstrar a ofensa aos dispositivos legais envolvidos, como determina a técnica recursal.

A ementa e trechos do acórdão, a seguir transcritos comprovam que o Tribunal a quo tratou dos pontos que foram objeto do recurso, satisfazendo plenamente a exigência relativa ao prequestionamento:

Apelação Cível Ação Anulatória Multa aplicada pelo PROCON/SP Propaganda abusiva direcionada ao público infantil e ausência de informação ostensiva e adequada sobre o custo para envio de mensagem (SMS) para participação em promoção Abusividade não demonstrada Ausência de ofensa ao artigo 32, § 2º, do CDC Ausência de informação demonstrada Infração ao disposto no artigo 31 do CDC configurada Manutenção da penalidade relativa à segunda infração apenas - Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e Portaria Normativa do PROCON - Sentença parcialmente reformada Recurso da ré parcialmente provido para afastar a anulação da multa relativa à infração ao artigo 31 do CDC.

(...)

Não se verifica, na propaganda em questão, discriminação de qualquer natureza ou incitação à violência. Também não há exploração do medo ou da superstição e nem desrespeito a valores ambientais. O anúncio também não é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A campanha que tem como principal atrativo a participação em filme com a apresentadora Xuxa é inegavelmente dirigida ao público infantil, mas é certo que não há vedação constitucional ou legal da divulgação de publicidade dirigida a esse público. Não se pode presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo.

Ainda que a publicidade busque sempre inflamar a vontade de compra, em persuasão dirigida à decisão e à ação de consumir, é certo que o público infantil, como regra, participa apenas no campo do fomento do desejo, já que a decisão e a compra (ação consumidora) estão concentradas na pessoa dos adultos (pais ou responsáveis dos menores). No caso não há, portanto, própria exploração de "deficiência de julgamento e experiência da criança."

A campanha realizada pela autora, a princípio, não desrespeita a criança e nem configura desleal estratégia de coação moral ao consumo ou abuso de persuasão. Não se vislumbra no caso concreto agressão a pessoas hipossuficientes e necessidade de sua tutela, ou punição da empresa promotora da campanha.

Mister frisar que em nenhum momento pretendeu a agravante o revolvimento de matéria fática.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor

A base fática – como não poderia deixar de ser – é a estabelecida pelo tribunal a quo. E a controvérsia primeira está em saber se se pode aplicar a processo administrativo já findo portaria normativa superveniente.

O que se pretende desse E. Tribunal é o pronunciamento acerca de questão unicamente de direito, não sendo necessária a análise da questão fática posta nos autos.

Os fatos são incontroversos: a recorrida aproveitou-se da deficiência de julgamento e de experiência de crianças, veiculando publicidade em que estimulava a compra e o consumo de produtos, de forma imperativa, para obter prêmio

A questão que se coloca para esse C. Tribunal é a seguinte:

À LUZ DO ARTIGO 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, CONSTITUI PROPAGANDA ABUSIVA O FATO DE SE APROVEITAR DA DEFICIÊNCIA DE JULGAMENTO E DE EXPERIÊNCIA DE CRIANÇAS PARA ESTIMULAR A VENDA E O CONSUMO DE PRODUTOS?

O pronunciamento que se pede é, única e exclusivamente, sobre esse ponto. Questão de direito, portanto, e que não requer o revolvimento da matéria fática.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor

Assim, a admissibilidade do recurso é patente, pois não há óbice a impedir seu trânsito.

A própria decisão não aponta nenhum.

Aliás, a decisão atacada beira o cerceamento de defesa (artigo 5º, LIV e LV, CF) na medida em que a jurisprudência entende que para que possa ser provido, o agravo de instrumento deve combater os fundamentos da decisão que não admitiu o recurso extraordinário (RTJ 109/633).

É ela totalmente genérica - cita todas as alíneas do artigo 105, da Constituição Federal, quando o recurso especial foi interposto somente com fundamento na alínea "a" -, não permitindo à agravante um perfeito combate pontual, merecendo lembrança, ainda, o artigo 93, inciso IX, da Carta Magna.

Além do mais, não se pode olvidar que, conforme jurisprudência anotada por Theotônio Negrão, em sua conhecida obra², nota 7 ao artigo 542:

"A decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que denega seguimento ao recurso extraordinário ou especial por considerá-lo prejudicado por perda do objeto "extravasa o âmbito do juízo de admissibilidade; só o colegiado jurisdicionalmente competente para decidir o recurso pode manifestar-se a respeito" (STJ-3ª Turma, AI 435.271-RJ-AgRg, rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.2.03, negaram provimento, v.u., DJU 24.3.03, p. 216).

É exatamente o que aconteceu neste caso.

²Código de Processo Civil e (...), 39. ed. atual. até 16 de janeiro de 2007 - São Paulo: Saraiva 2007



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor

O juízo de admissibilidade extrapolou sua abrangência.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 30.628, DJ 31.5.93, o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, relator, esclareceu:

"Com efeito, o juízo de admissibilidade do recurso especial consiste na competência para aferir o atendimento dos requisitos genéricos e específicos de recorribilidade, exercida primeiramente pelo Presidente do Tribunal a quo e, em seguida, na instância superior, sem que haja, contudo, nessa fase processual, qualquer julgamento de mérito.

No juízo de admissibilidade, portanto, não se vai dizer que o recorrente tem ou não razão, mas que o recurso pode ou não ter o mérito conhecido, ou seja, ser julgado pelo órgão competente.

(...)

Na esteira desse entendimento, é de observar que o recorrente se limitou a repisar os argumentos relacionados com o mérito da demanda, sem indicar quais os dispositivos de lei federal teriam sido vulnerados, e as circunstâncias em que teria ocorrido a violação (...).

Daí porque foi considerado inviável o trânsito do seu recurso especial."

Como constou do voto do Ministro Celso de Mello, relator da Reclamação nº 416-3 do STF, julgada procedente por maioria de votos, DJ de 07/12/92:

"Tendo em vista que o juízo de admissibilidade exercido em instância inferior, resume-se à verificação dos pressupostos genéricos e específicos de recorribilidade do apelo extremo, não parece haver dúvida de que a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário não se insere nos limites dessa atuação jurisdicional da Presidência do Tribunal a quo.

(...)

Cumpra registrar, ainda, que, por ser eminentemente objetivo, o juízo de admissibilidade não dá lugar a considerações sobre o mérito da impugnação recursal, e muito menos autoriza a invocação de decisões desta Suprema Corte que possam respaldar a pretensão do recorrente, para assim justificar a concessão de efeito suspensivo".

Restou comprovado que o recurso reúne todas as condições de admissibilidade.

1434



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
PROCON-Fund. Proteção Defesa
Consumidor**

Nenhum óbice existe ou foi efetivamente oposto ao cabimento do recurso especial.

Ante o exposto, requer-se seja dado provimento a este agravo para o fim de que, reformada a r. decisão atacada, subam os autos a esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual conhecerá e proverá o recurso interposto, conforme as razões ali expostas, nos termos do artigo 544, § 4º, inciso II, letra c ³, consagrando com tal agir medida da mais lúdima e soberana JUSTIÇA!

São Paulo, 10 de junho de 2015

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON

Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

³ “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

(...)

§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

(...)

II - conhecer do agravo para:

(...)

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.” (NR)