



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº. 1015328-03.2014.8.26.0053/50001

EMBARGANTES: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMBARGADA: ALSARAIVA COM EMPREENDIMENTOS IMOB. E PART. LTDA.

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR –

PROCON/SP, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o nº 57.659.583/0001-84, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da CF, e art. 1.029 do CPC/2015 e **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vêm interpor **RECURSO ESPECIAL** nos autos do processo em epígrafe movido por **ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, já qualificada nestes autos, em face do v. acórdão de fls. 1.733/1.741, integrado pelo v. acórdão dos embargos de declaração de fls. 04-08, o que faz com esteio nas anexas razões e requerendo seu recebimento e regular processamento.

Termos em que pede e espera deferimento.

São Paulo, 01 de junho de 2020

PAULA BOTELHO SOARES
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 161.232



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

RECORRENTES: FUNDAÇÃO PROCON/SP E FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDA: ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (HABIB'S)

Egrégio Superior Tribunal de Justiça

Colenda Turma

Eméritos Julgadores,

1. SÍNTESE DO PROCESSO

Cuidam os autos de ação anulatória do auto de infração lavrado pelo PROCON/SP por ter a recorrida violado o **art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor**, ao veicular publicidade **que, se aproveitando do desenvolvimento incompleto, induziu crianças a adquirir alimentação pouco saudável para obtenção de brindes colecionáveis.**

Julgado subsistente o auto de infração, após regular processo administrativo, houve a imposição de multa à recorrida no valor de **R\$ 2.408.240,00**.

A recorrida ajuizou a ação principal buscando a nulidade do auto de infração e, subsidiariamente, a redução do valor da multa imposta.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Após regular instrução, o MM. Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo julgou improcedente os pedidos formulados pela recorrida, reconhecendo a existência da infração administrativa e a legalidade da multa aplicada (fls. 1.355-1.368).

A recorrida opôs embargos de declaração alegando omissões e obscuridades na r. sentença (fls. 1.370-1.376). Os embargos foram rejeitados (fls. 1.398-1.400).

Irresignada, a recorrida interpôs recurso de apelação buscando a reforma da r. sentença e a procedência integral da ação (fls. 1.410-1.452). O PROCON/SP apresentou suas contrarrazões (fls. 1.461-1.474).

A 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo **deu provimento ao recurso de apelação da recorrida** (fls. 1.733-1.741), não vislumbrando abusividade na campanha publicitária e fixando os **honorários advocatícios** no percentual de 10% a ser calculado sobre o valor atualizado da causa (fls. 1.733-1.741). O v. acórdão veio assim ementado:

Apelação - Ação anulatória – Auto de infração lavrado pelo Procon em desfavor da autora, sob alegação de violação ao art. 37, §2º do CDC – Nulidade da sentença por cerceamento de defesa desacolhida - A dilação probatória pode ser dispensada se e quando o Juiz entender que a prova já produzida nos autos é suficiente para a solução da lide, sem que isto caracterize cerceamento de defesa – Mérito – Abusividade na campanha não constatada - Impossibilidade de presunção de qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil que tenha caráter abusivo – Venda de lanches com brindes de brinquedos em forma de animais e livros educativos – Vídeos que mostram a interação respeitosa das crianças com a fauna e a flora em um ambiente familiar - Decisão de compra que pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores - Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1015328-03.2014.8.26.0053; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 03/03/2020; Data de Registro: 09/03/2020)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O PROCON/SP opôs embargos de declaração, com fundamento no art. 1.022, II, do CPC, alegando omissão quanto à aplicabilidade dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do § 8º, do art. 85, do CPC.

Os embargos foram rejeitados, e o v. acórdão lavrado com a seguinte ementa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Efeitos Infringentes – Prequestionamento – O acolhimento dos embargos declaratórios predispõem a ocorrência de um dos pressupostos apontados no artigo 1022 e seus incisos do Código de Processo Civil, quais sejam, a ocorrência de omissão, contradição, obscuridade e até mesmo erro material, mas não podem se prestar, a não ser em casos excepcionalíssimos, a dar efeitos infringentes ao julgado – Inexistência de quaisquer dessas hipóteses – O julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pela parte, basta que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua convicção – Precedentes deste Egrégio Tribunal, do STJ e STF - Embargos rejeitados. (TJSP; Embargos de Declaração Cível 1015328-03.2014.8.26.0053; Relator (a): Oscild de Lima Júnior; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/04/2020; Data de Registro: 30/04/2020) (g.n.)

O PROCON/SP e a Fazenda do Estado de São Paulo interpõem o presente recurso especial, pois o v. acórdão da apelação, assim como dos embargos de declaração, contrariaram o disposto nos arts. 85, § 8º; 1.022, II e 1.025, todos do Código de Processo Civil de 2015, do art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente recurso demonstrará que, ao prolatarem os v. acórdãos recorridos, o E. Tribunal *a quo* contrariou os referidos preceitos legais acima referidos, assim como divergiram da interpretação adotada em face do art. 37, §2º, do CDC, por esse Colendo **Superior Tribunal de Justiça.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

2. DO CABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL E SEU FUNDAMENTO - ART. 105, III, “A”, DA CF

2.1. A contrariedade e negativa de vigência a dispositivos de Leis Federais

Conforme adiante restará demonstrado, o v. acórdão, ao rejeitar os embargos de declaração e deixar de sanar os vícios apontados, violou o quanto dispõe o art. 1.022, II, do CPC/2015.

Ademais, ao decretar a anulação do auto de infração, por reconhecer a legalidade da campanha publicitária, o v. acórdão da apelação contrariou o disposto no art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), e ainda os arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Por fim, ao condenar o PROCON/SP à verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da causa, os v. acórdãos contrariaram a regra contida no § 8º, do art. 85, do CPC/2015 que trata da fixação dos honorários por equidade.

Assim, por esses motivos o presente recurso deverá ser admitido com base no permissivo contido no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal.

2.2. Ausência de reexame de matéria fática

Os ora Recorrentes não pretendem revisar, nessas razões recursais, os fatos e provas expostos ao longo de todo o processo; ao contrário, a partir das premissas fáticas reconhecidas pelo próprio Tribunal *a quo*, serão demonstradas as violações aos dispositivos do Código de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Viável, desse modo, a apreciação da questão. Esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, destacou a distinção entre o **reexame de provas** e a **reavaliação de fatos**.

A jurisprudência desse Colendo Superior Tribunal de Justiça tece a distinção entre o **reexame de provas** e a **qualificação jurídica de fatos**. Notadamente, nos autos do REsp n. 1.106.827-SP, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, essa Corte Superior consignou, com extensa fundamentação a diferença, e pedimos vênias para transcrevê-la:

“2. (...)

Com efeito, a Súmula 7 do STJ (correspondente à Súmula 279 do STF) foi redigida com o intuito de explicitar que a apreciação dos fatos e das provas, à luz do princípio da persuasão racional do juiz, compete às instâncias ordinárias, não sendo possível, por meio do recurso especial, transformar o Superior Tribunal de Justiça em um terceiro grau de exame de prova.

Consoante a lição do Ministro EDUARDO RIBEIRO, citada por BERNARDO PIMENTEL SOUZA, "o que não se pode, no especial, é modificar os fundamentos fáticos da decisão recorrida, rever provas já analisadas" (*in* Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, 6ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 857, nota 1295).

Precisa é a explanação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *in* Temas de Direito Processual: Segunda Série, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 234-235:

21. É mera questão de fato aquela que diga respeito à reconstituição dos acontecimentos relevantes para o julgamento do litígio. Assentar como se passaram as coisas é trabalho que as instâncias chamadas ordinárias realizam, por assim dizer, soberanamente, sem que o resultado atingido se submeta à censura da Corte Suprema, através de recurso extraordinário.

Como a reconstituição dos acontecimentos se faz normalmente com o auxílio das provas, não é lícito ao Supremo Tribunal Federal controlar a exatidão das conclusões a que chegou, para reconstituí-los, o órgão *a quo*, a partir dos elementos probatórios constantes dos autos. Nesse sentido é que a Súmula alude, no enunciado nº 279, a "reexame de prova". O Supremo Tribunal Federal tem de respeitar o convencimento formado à luz das provas pelo Tribunal de origem. Ainda que porventura lhe parecesse insuficiente certo depoimento, v.g., para demonstrar a ocorrência de fato que o Tribunal de origem, ao contrário, reputou existente com base nesse depoimento, não seria lícito ao Pretório Excelso substituir pela sua própria convicção do órgão **a quo** no tocante ao valor do depoimento. **Em resumo: não se abre à Corte a possibilidade de**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

dizer não provado algum fato que o Acórdão recorrido deu como provado, ou de dizer provado algum fato que o Acórdão recorrido deu como não provado.

Hipótese diversa é a da qualificação jurídica dos fatos, segundo o mesmo autor, em sua obra já citada (p. 235-236):

22. Quando, porém, se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicá-la erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quando ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida.

O controle da qualificação jurídica não é, pois, reexame de *quaestio facti*, que por esse motivo refuja à cognição do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário. Como exatamente diz PONTES DE MIRANDA, Coment. cit. T. VIII, p. 84-5, a qualificação jurídica há de prender-se ao "suporte fático" de alguma regra de direito; ora, "se se atribui à regra jurídica suporte fático que não é o seu, nega-se a regra jurídica em sua extensão" (sem grifo no original).

No mesmo sentido o ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro, São Paulo, 1963, p. 151-2, *verbis*:

"É ainda erro de direito *in iudicando*, passível de ser eventualmente corrigido pelo Recurso Extraordinário, o que se comete na qualificação jurídica dos fatos provados. Os mesmos fatos podem ter qualificações várias. Assim, por exemplo, a ocupação de um imóvel pode ser qualificada como aluguel, comodato, esbulho etc. O erro na qualificação jurídica dos fatos pode justificar o Recurso Extraordinário, como, aliás, acertadamente tem decidido o S.T.F."

Desse entendimento não destoa o magistério de LUIZ GUILHERME MARINONI, para quem "a qualificação jurídica do fato é posterior ao exame da relação entre a prova e o fato e, assim, parte da premissa de que o fato está provado. Por isso, como é pouco mais que evidente, nada tem a ver com a valoração da prova e com a perfeição da formação da convicção sobre a matéria de fato" (in Reexame da Prova diante dos Recursos Especial e Extraordinário, RePro 13021).

A propósito, esta Corte já assentou que "não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados." (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, DJ 1608/1999).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Relativamente à Súmula 5 do STJ (correspondente à Súmula 454 do STF), o raciocínio é o mesmo. Confira-se, por oportuno, a análise de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, in Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 40:

Como observou Washington de Barros Monteiro, citado por Roberto Rosas (Direito Sumular, 5ª ed., RT, p. 197), a exegese do contrato pressupõe a perquirição do ato volitivo, a pesquisa da "real vontade do agente", o que implicaria reexame do material probatório, convertendo o Tribunal Superior em terceira instância.

Todavia, **a qualificação jurídica de uma manifestação de vontade é quaestio juris que, em tese, pode ser objeto de recurso extraordinário/especial.** Em processo de que fomos relator, discutiu-se se determinada manifestação de vontade, por público instrumento, constituía "reversão" de doação, ou doação condicional, ou doação mortis causa, ou manifestação de última vontade. A qualificação jurídica do ato de vontade é que determinou qual a lei incidente e, pois, condicionou o julgamento de mérito (REsp. nº 444, rel. Min. Athos Carneiro, ac. De 07.08.1990, RSTJ, 15/233).

Na mesma linha segue o ensinamento de GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA, in Recurso Especial, São Paulo, RT, 2002, p. 300:

Registre-se que o referido enunciado refere-se à simples interpretação e não abrange a qualificação jurídica ou interpretação jurídica de cláusula contratual que é questão predominantemente de direito, passível de análise em recurso especial. Fixados o sentido e o alcance da cláusula contratual, é questão de direito, para fins de recurso especial, a discussão acerca da correta aplicação da lei federal à manifestação de vontade. Portanto, em sede de recurso especial, é possível a discussão acerca da qualificação jurídica da manifestação de vontade, inclusive se a cláusula contratual contaria, ou não, a legislação federal."

No caso específico do presente recurso especial, pretende-se seja reconhecida a ilicitude da publicidade (abusividade) veiculada pela recorrida por ofensa ao art. 37, § 2º do CDC, bem como por contrariar os arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18, do Estatuto da Criança e do Adolescente

A pretensão ora formulada, portanto, cinge-se à **qualificação jurídica da mensagem publicitária**, isto é, análise da matéria incontroversa sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Em caso semelhante ao presente, esse Colendo Superior Tribunal de Justiça já admitiu recurso especial interposto com alegação de violação aos arts. 36, *caput*, e 37, §§ 1º e 2º, do CDC, reconhecendo ao apreciar o mérito a ilicitude de publicidade. Confira-se:

“Portanto, ao retornar para a moldura fática estabelecida pelo v. acórdão recorrido, revela-se, a teor dos artigos 36 e 37, do CDC, nítida a ilicitude da propaganda veiculada. A uma, porque feriu o princípio da identificação da publicidade. A duas, porque revelou-se enganosa, induzindo o consumidor a erro porquanto se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das conseqüências, teria condições de obter sucesso em sua vida (REsp 1.101.949/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 10/05/2016, DJe 30/05/2016)

Ainda no mesmo sentido, de **recurso especial admitido para exame de ofensa ao art. 37 do CDC**, citamos os seguintes julgados: **REsp 1.428.801/RJ**, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015, e **especialmente a paradigmático REsp 1.558.086/SP**, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016, **sendo que neste caso concluiu-se pela abusividade do “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 questão debatida no presente recurso também envolve o pronunciamento que se pede à aplicação de regra prevista no Código de Processo Civil concernente aos honorários sucumbenciais.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

As questões debatidas no presente recurso, diante do exposto, são estritamente de Direito.

2.3. Prequestionamento

Houve o **prequestionamento** das **questões de direito** que são objeto do presente recurso.

A controvérsia lançada como causa de pedir na petição inicial da recorrida fora objeto de impugnação na contestação das recorrentes. A r. sentença manteve, na íntegra, o auto de infração reconhecendo a clara violação ao art. 37, § 2º do CDC e a legalidade da sanção.

As teses da recorrida foram devolvidas ao Tribunal *a quo* por meio de recurso de apelação. A Turma Julgadora, ao dar provimento ao referido recurso, acolheu as teses da recorrida e decidiu inexistir transgressão ao 37, § 2º, do CDC, na veiculação da campanha publicitária patrocinada pela empresa. E condenou o PROCON/SP ao pagamento da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa.

É cediço que o instituto dos embargos de declaração é o meio processual adequado para sanar qualquer erro, omissão, contradição ou obscuridade na decisão recorrida ou mesmo para prequestioná-la, nos termos dos arts. 1.022 e 1.025, do CPC/2015.

Sendo assim, coube ao PROCON/SP alegar a existência de omissões no v. acórdão em sede de embargos de declaração, até mesmo para prequestionar a matéria federal:

“Ocorre que, ao assim decidir, o TJ-SP restou omissivo quanto à aplicabilidade dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como do § 8º do art. 85 do CPC ao



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

caso vertente, os quais, em última análise, *permissa venia*, restaram violados pelo aludido acórdão.

Assim sendo, requer sejam acolhidos os presentes Embargos de Declaração, a fim de que sanando-se as omissões ora apontadas, sejam apreciados ao caso vertente os arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o § 8º do art. 85 do CPC, com a consequente reforma do julgado para se julgar hígida a autuação e a multa aplicada. Outrossim, caso assim não se entenda, *ad argumentandum tantum*, requer-se sejam prequestionados os aludidos dispositivos do ECA e do CPC ora indicados como violados.”

Ao julgar os embargos de declaração, rejeitando-os, o Tribunal *a quo* consignou:

“Da análise do v. acórdão acostado aos autos a fls., vê-se que todos os argumentos trazidos pela parte foram enfrentados, ainda que sem a citação explícita dos dispositivos mencionados nos embargos, tal como se vê pela ementa do julgado:

(...)

Os honorários advocatícios foram fixados em respeito ao quanto previsto no artigo 85, §§2º e 3º do CPC, não havendo que se falar na violação ao §8º do citado artigo.

No mais, já é pacífico tanto nesta Câmara, quanto neste Egrégio Tribunal de Justiça, que o julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pela parte, basta que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua convicção.

Respeitada, pois, essa premissa, não há que se falar em ocorrência de quaisquer dos motivos do art. 1022, do Código de Processo Civil.”

As omissões apontadas deixaram se ser sanadas, violando assim o art. 1.022, II, do CPC/2015, atraindo o prequestionamento ficto de que cuida o art. 1.025 do CPC/2015

“Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Nesse sentido é a jurisprudência desse Colendo Superior Tribunal de Justiça:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. - LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS - HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO - CABIMENTO - PRESCRIÇÃO DO DIREITO - NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. 05.

O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado.

06. Recurso especial não provido.

(REsp 1639314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017) (g.n.).

Sob quaisquer uma das mencionadas perspectivas, presente o prequestionamento da matéria federal controvertida que autoriza a interposição do presente recurso especial.

3. AS RAZÕES PARA A REFORMA DOS VV. ACÓRDÃOS

RECORRIDOS

3.1. DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A infração administrativa imputada à recorrida fora reconhecida pelo Douto Juízo de primeira instância.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, deu provimento à apelação da empresa e anulou o auto de infração.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O PROCON/SP, mediante embargos de declaração, apontou omissões que deixaram de ser aquilatadas pelo v. acórdão da apelação.

3.1.1. DA PRIMEIRA OMISSÃO

A primeira omissão apontada referiu-se à omissão quanto à aplicabilidade dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais consagram às crianças e adolescentes o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a inviolabilidade de sua integridade física, moral e psíquica.

O Tribunal *a quo*, não obstante as alegações ventiladas em sede de embargos de declaração, ignorou o ponto acima indicado, mediante argumentos genéricos, restando claro, portanto, a violação aos art. 1.022, II, do CPC/2015.

3.1.2. DA SEGUNDA OMISSÃO

A segunda omissão diz respeito à ausência de aplicação do disposto no § 8º, do art. 85 do CPC/2015.

Ao dar provimento ao recurso de apelação da recorrida, o v. acórdão condenou o PROCON/SP no pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da causa, violando a regra disposta no § 8º, do art. 85 do CPC/2015, que permite a fixação do valor dos honorários por apreciação equitativa.

Opostos os embargos de declaração suscitando à aplicabilidade do referido dispositivo legal, a omissão se manteve: o Tribunal *a quo* limitou-se a consignar que o magistrado não é obrigado a se manifestar acerca de todas as teses levantadas pelas partes.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Assim, também por isso evidencia-se a ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015.

3.1.3. À GUISA DE CONCLUSÃO SOBRE AS OMISSÕES APONTADAS

Dispõe o inciso II do art. 1.022, do CPC/2015:

"Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz, de ofício ou a requerimento;

(...)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

(...)

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º (g.n.)

Sobre o não enfrentamento, pela decisão judicial, de todos os argumentos possíveis de infirmar a conclusão do julgador, ensina o jurista Nelson Nery Junior:

“Para que possa ser considerada fundamentada a decisão, o juiz deverá examinar todos os argumentos trazidos pelas partes, que sejam capazes, por si sós e em tese, de infirmar a conclusão que embasou a decisão. Havendo omissão do juiz, que deixou de analisar fundamento constante da alegação da outra parte, terá havido omissão suscetível de correção pela via dos embargos de declaração. Não é mais possível, de lege data, rejeitarem-se, por exemplo, embargos de declaração, ao argumento de que o juiz não está obrigado a pronunciar-se sobre todos os pontos da causa. Pela regra estatuída no texto normativo ora comentado, o juiz deverá pronunciar-se sobre todos os pontos levantados pelas partes, que sejam capazes de alterar a conclusão adotada na decisão.” (CPC Comentado, 16ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2016, 1249-1250).

Como se observa, as questões omissas foram destacadas nos embargos de declaração, sem, contudo, a Corte de origem ter se manifestado sobre elas.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Com efeito, é posicionamento desse Colendo Superior Tribunal de Justiça que ocorre violação ao art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem deixa de enfrentar, expressamente, questões relevantes ao julgamento da causa, suscitadas, oportunamente, pela parte recorrente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. INTERESSE PROCESSUAL DO RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É omissivo o acórdão que deixa de manifestar-se sobre questões relevantes, oportunamente suscitadas e que poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do proclamado. Nessas condições, a não apreciação de tese, à luz de dispositivos constitucional e infraconstitucional indicados a tempo e modo, impede o acesso à instância extraordinária. Prejudicada a análise das demais questões suscitadas no Recurso Especial.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Intimação em processo administrativo demarcatório realizada nos termos da legislação anterior (Decreto-lei n. 9.760/46, Decreto-lei n. 2.398/87 e Lei n. 9.636/98), cabível a apreciação dos efeitos da ADI n. 4.262/PE ao caso concreto.

V - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VI - Agravo Interno improvido.
(AgInt nos EDcl no REsp 1676785/MA, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE PRECEDENTE QUE CORROBORA COM



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A TESE RECURSAL E QUE FORA UTILIZADO COMO RATIO DECIDENDI DA DECISÃO MONOCRÁTICA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC CONFIGURADA.

1. O Diploma Processual estabelece quatro hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, tratando-se de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que patente a existência de i) obscuridade, ii) contradição, iii) omissão e iv) erro material (art. 1.022).

2. Com relação à omissão do julgado, previu, ainda, em seu parágrafo único, que incidirá neste vício o julgado que incorrer em qualquer das condutas descritas no artigo 489, § 1º, do NCPC, entre as quais se destaca o inciso VI - "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

3. O acórdão recorrido, na hipótese, foi omissivo, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - pela ausência de manifestação sobre o precedente da Segunda Seção que corrobora com a sua tese recursal, sendo tal julgado, inclusive, utilizado como ratio decidendi da decisão agravada pelo Min. Relator -, não se manifestou de forma satisfatória sobre o ponto articulado.

4. Mostra-se imprescindível, no caso, que o Juízo aprecie o precedente indicado, seja para efetuar o distinguishing, seja para reconhecer a superação do posicionamento (overruling), não podendo ficar silente quanto ao ponto.

5. Embargos de declaração parcialmente providos.

(EDcl no AgInt no AgInt no AREsp 165.721/BA, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 25/09/2018)

3.2. DA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 37, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ARTS. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

A recorrida veiculou a campanha publicitária denominada “QUE BICHO É ESSE” dirigida ao público infantil, consistente na venda de um combo composto de esfiha, suco e batata frita acompanhados de brindes colecionáveis (brinquedos e livros), tendo sido promovida em banners e anúncios nos próprios restaurantes da rede, estampada na própria embalagem do produto e comerciais televisivos:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



HABIB'S - QUE BICHO É ESSE?

(Fonte: <https://youtu.be/xUB1d050S7Y> . Acesso em 21/05/2020)



HABIB'S - QUE BICHO É ESSE - COM LIVRO DE HISTÓRIAS

35.153 GOSTEI NÃO GOSTEI COMPARTILHAR SALVAR ...



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

(Fonte: <https://youtu.be/kCXkpKAzMFk> Acesso em 21/05/2020)



(Fonte: <https://produto.mercadolivre.com.br/MLB-1360661315-coleco-que-bicho-e-esse-04-livros-06-brinquedos-habibs- JM>. Acesso em 26/05/2020)

A veiculação configura infração ao art. 37, § 2º, do CDC, que assim dispõe:

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa e abusiva.

(...)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite 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 MM. Juízo sentenciante reconheceu a abusividade da campanha e assim fundamentou sua conclusão:

Analisando a mídia juntada que contém a propaganda, de fato, razão a ré. Isso porque, mesmo que ao fim haja uma rápida menção dos alimentos e dos livros, os brinquedos recebem demasiado destaque. Sendo assim, a propaganda mais parece se referir aos brinquedos do que aos demais elementos, obviamente se utilizando de certa manipulação da deficiência de julgamento dos incapazes a fim de convencer seus consumidores. Nesse contexto, a ênfase, durante toda a defesa da autora, nos livros também oferecidos parece ser mera tentativa de desviar a atenção para aquilo que outrora fora sua prioridade: os bichinhos articulados.

Logo, há clara violação do gênero do art. 37 do CDC:

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa e abusiva.

(...)

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite 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."

Não escapa ao Juízo a Resolução nº 163/2014:

"(...) Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil (...)"

Embora reconheça que essa não possa ser diretamente aplicada, diante da impossibilidade de retroatividade do dispositivo em questão, saliento que a natureza de tal Resolução é meramente exemplificativa do excesso de publicidade. Tanto que sua natureza é infralegal, e claramente depende da Lei anterior, Lei essa que justifica em si mesma a autuação. A resolução exemplifica, portanto, somente explicita aquilo já implícito no art. 37 do CDC, supramencionado. Portanto, é evidente que a propaganda como um todo - enfatizando os brinquedos, as crianças, as cores e praticamente ignorando a comida oferecida e os livros ofertados - age em desconformidade com ordenamento e, não obstante, de tal forma que o telespectador muito provavelmente fica surpreendido ao se dar conta de que trata-se de propaganda pertencente ao popularmente conhecido "Habib's".

O v. acórdão da apelação, entretanto, concluiu em sentido contrário explicitando os seguintes fundamentos:

O ponto central dos autos diz respeito a ser ou não ser a campanha publicitária do apelante abusiva, independentemente do valor nutricional dos alimentos que comercializa, de modo que a perícia nutricional era mesmo despicienda à solução do litígio.

No mérito, o recurso comporta provimento.

Na época em que veiculada a campanha em comento, a Resolução n.º 163/2014 que enumera os aspectos da abusividade da publicidade e da propaganda direcionada ao público infantil não estava em vigor, de modo que não pode ser o fundamento legal para a aplicação da penalidade.

Em vigor estava somente o artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor que prescreve, com conceitos abertos, que: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite 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.” Não basta que a publicidade aborde o universo infantil para que seja considerada abusiva. Para tanto, ela deve conter elementos nocivos ao desenvolvimento infantil.

Nesse contexto, não se verifica a abusividade alegada. A publicidade explora o lúdico, sem ofender a honra e a dignidade das crianças. A campanha exalta o respeito ao meio ambiente, o desenvolvimento consciente e a integração entre a criança, seus pais e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

educadores.

De fato, os vídeos mostram as crianças brincando com os animais objeto dos brindes em total respeito à fauna e à flora. Mostram, ainda, uma roda de leitura com adultos e crianças em um ambiente

amistoso e familiar.

De se ressaltar que a perícia concluiu que os brinquedos e os livros da campanha são educativos, “*não se encerrando em um fim em si mesmo com a venda do produto e com a aquisição dos brindes. Contém informações e curiosidades importantes para o desenvolvimento da consciência ambiental, ecológica e para a cultura de maneira geral.*” (p.1330)

Além disso, não há como desprezar a existência dos responsáveis pela criança, de forma que ainda que a publicidade seja dirigida ao público infantil, a decisão de compra pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores. (...)

Por tais argumentos não verifico a abusividade alegada, devendo ser anulada a multa imposta.”

A conclusão assentada no v. acórdão contraria frontalmente o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, como demonstrado a seguir.

A discussão central é se a campanha publicitária veiculada pela recorrida foi abusiva, ou não, por aproveitamento da deficiência de julgamento e da falta de experiência de crianças, conforme dispõe o § 2º do artigo 37 do CDC, já transcrito acima, promoção essa também que teria violado os arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

(...)

Por sua vez o Estatuto da Criança e do Adolescente assim disciplina a matéria:

“Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação,** à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com proteção à infância e à juventude”.

“Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

“Art. 6º. **Na interpretação desta Lei** levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e **a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento**”.

“Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

“Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

No tocante ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor determina, no seu art. 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A norma do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor é suficiente para a autuação das empresas que veiculam publicidade abusiva dirigida ao público infantil, cabendo ao aplicador da norma (PROCON na esfera administrativa e o magistrado na judicial) subsumir um fato concreto à cláusula geral (conceito indeterminado) nela contida.

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990, houve uma revolução na Internet e na televisão por assinatura, com o advento de canais exclusivos ao público infantil, além que já era veiculado na TV aberta.

O ambiente da mídia foi modificado e impôs ao aplicador da lei a tarefa de subsumir esta nova realidade à norma de ordem pública que proíbe a veiculação de publicidade que prevaleça da deficiência de julgamento e inexperiência da criança e do adolescente.

O auto de infração foi lavrado em virtude de constatação efetuada pela fiscalização, de que a **propaganda veiculada estava a induzir nas crianças e adolescentes à compra e consumo excessivo de alimentos (esfiha, suco e bata frita) somente para conseguir colecionar os brindes.**

Sendo o público-alvo infantil, a verdadeira razão da compra do lanche, em um prazo curto de tempo (já que a promoção era por tempo limitado), não era a necessidade de consumi-los, mas a vontade das crianças em adquirir a coleção completa dos brindes.

A publicidade não deve persuadir a criança, e a esse respeito ensina a melhor doutrina no Min. Antonio Herman Benjamin:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

“Assim, tal modalidade publicitária **não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.**” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 344).

Nesse sentido, o disposto na Resolução 163/2014 do CONANDA veio apenas ratificar a hermenêutica já assentada pela melhor doutrina, pouco importando se estava em vigor ou não quando da veiculação da campanha em questão. A propósito é a conclusão do jurista Bruno Miragem em parecer específico sobre a questão:

“135. Desse modo, respondendo objetivamente à questão oferecida pelo Instituto ALANA, entendo que é constitucional a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que definem critérios para a interpretação e aplicação dos arts. 37, §2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção do interesse da criança e do adolescente, a serem assegurados” com absoluta prioridade, nos termos do art. 227, da Constituição de 1988.

[https://criancaeconsumo.org.br/wp-](https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf)

[content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf](https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Parecer_ProfBrunoMiragem.pdf).

Acesso em

22/05/2020.

Diversamente do que entenderam os acórdãos recorridos, o fundamento legal da penalidade, portanto, é o art. 37, § 2º, do CDC, e não a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Resolução do CONANDA, que apenas positivou critérios de interpretação já anteriormente sustentados pela doutrina.

Em relação aos brindes ofertados pela recorrida, pouco importa se são educativos ou não. A abusividade da campanha reside em direcionar a mensagem publicitária de alimentos à própria criança com objetivo de persuadi-la a adquirir os brinquedos e livros colecionáveis.

Esses brindes geralmente são pertencentes a uma coleção, que fica pouco tempo vigente, obrigando as crianças ao consumo frequente dos produtos para que consigam todos os itens.

Em julgamento histórico ocorrido no dia 10.03.2016, o **Superior Tribunal de Justiça** debruçou-se pela primeira vez sobre o tema da publicidade infantil, proferindo decisão que reconheceu a ilegalidade da publicidade de alimentos direcionada ao público infantil, especialmente quando se trata de alimentos não saudáveis acompanhados de brindes. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".
Recurso especial improvido. (REsp 1558086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016)

Em seu voto, o Ministro Antonio Herman Benjamin asseverou:

"O julgamento de hoje é histórico e serve para toda a indústria alimentícia. O STJ está dizendo: acabou e ponto final. Temos publicidade abusiva duas vezes: por ser dirigida à criança e de produtos alimentícios. Não se trata de paternalismo sufocante nem moralismo demais, é o contrário: significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E nenhuma empresa comercial e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional ou legal assegurado de tolher a autoridade e bom senso dos pais. Este acórdão recoloca a autoridade nos pais."

<https://www.migalhas.com.br/quentes/235576/julgamento-historico-stj-proibe-publicidade-dirigida-as-criancas>. Acesso em 22/05/2020.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Portanto, a publicidade de alimentos, especialmente daqueles com baixo valor nutricional e/ou acompanhados de brindes, deve ser considerada especialmente abusiva, por violar também o direito à saúde da criança.

Em abril de 2017, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.613.561, ratificou com base no CDC que a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil é abusiva, e, portanto, ilegal, e manteve a multa de mais de R\$305 mil aplicada à Sadia pelo Procon/SP, no ano de 2009, em razão do desenvolvimento pela marca da campanha 'Mascotes Sadia' durante os Jogos Pan Americanos do Rio de 2007.

O relator, ministro Herman Benjamin, destacou sem seu voto que os produtos participantes da campanha são margarina, presunto, apresuntado, pizza, lasanha, file de frango ao branco, dentre outros, não devem ser comercializados e direcionados às crianças. “*Não são nada saudáveis e nem recomendados para a público infanto-juvenil*”. <https://www.migalhas.com.br/quentes/257821/stj-reitera-proibida-a-publicidade-dirigida-as-criancas>. (Acesso em 22/05/2020. O acórdão ainda não foi publicado.

No caso *sub judice*, considerando que a promoção vigorou por 06 meses e eram 16 os brinquedos colecionáveis, temos que era necessário proceder a aquisição do lanche (combo de esfiha, suco e batata frita) a cada 1 semana e meia!



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Quanto à premissa de que a decisão de compra pertence à autoridade familiar, vale dizer que esse fundamento não merece subsistir, **pois se considerarmos que em toda a publicidade quem detém a decisão de compra são os pais, estaríamos anulando a própria norma que tutela a abusividade. Nenhuma campanha direcionada ao público infantil seria abusiva, pois esbarraria na vontade da autoridade familiar!**

3.2.A) DO IMPORTANTÍSSIMO PRECEDENTE DO STJ CORROBORANDO AS RAZÕES DO PROCON DE VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 2º DO CDC

Os acórdãos ora recorridos colidem frontalmente com o acórdão proferido por esse Colendo **Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL** Nº 1.558.086-SP, relatoria do Ministro Humberto Martins da Segunda Turma, cuja cópia segue anexa e foi extraída do *site* da referida Corte https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495560&num_registro=201500615780&data=20160415&formato=HTML.

Veja-se a seguir o **cotejo entre os acórdãos recorridos e o precedente deste STJ chancelando a existência de infração ao art. 37, § 2º do CDC:**

Acórdão recorrido – TJ-SP	Acórdão do STJ
<p>Apelante: Alsaraiva Comércio Empreendimentos Imobiliários e participações</p> <p>Apelado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon – São Paulo</p>	<p>Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda.</p> <p>Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo</p>
<p>Apelação - Ação anulatória Auto de infração lavrado pelo Procon em desfavor da autora, sob alegação de</p>	<p>PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.</p>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

<p>violação ao art. 37, §2º do CDC Nulidade da sentença por cerceamento de defesa desacolhida - A dilação probatória pode ser dispensada se e quando o Juiz entender que a prova já produzida nos autos é suficiente para a solução da lide, sem que isto caracterize cerceamento de defesa Mérito Abusividade na campanha não constatada - Impossibilidade de presunção de qualquer material publicitário voltado ao público infanto-juvenil que tenha caráter abusivo Venda de lanches com brindes de brinquedos em forma de animais e livros educativos Vídeos que mostram a interação respeitosa das crianças com a fauna e a flora em um ambiente familiar - Decisão de compra que pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores - Recurso provido.</p>	<p>VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.</p> <p>1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, <i>mutatis mutandis</i>, o disposto na Súmula 284STF.</p> <p>2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de <i>marketing</i> que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).</p> <p>3. <i>In casu</i>, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos". Recurso especial improvido.</p>
--	---

Em ambos os casos a situação retrata a **veiculação de campanha publicitária de alimentos direcionada ao público infantil anunciando o fornecimento de brinde na compra do produto.**

No caso dos v. acórdãos recorridos, trata-se de rede de lanchonetes *fast food* que veiculou campanha publicitária direcionada ao público infantil anunciando o fornecimento de brinde (brinquedo e livro) na compra de esfihas e batata frita.

No acórdão *leading case* do **STJ** trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de fabricante de alimentos que veiculou



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

campanha publicitária direcionada ao público infantil anunciando o fornecimento de brinde (relógio) na compra mínima de 05 produtos de determinada linha de alimentos (bolinhos e biscoitos).

As **questões enfrentadas**, nos dois casos, portanto, envolvem a qualificação jurídica do teor da publicidade como abusiva na hipótese prevista no art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Veja-se, porém, que os acórdãos do TJ-SP desrespeitaram frontalmente o art. 37, § 2º do CDC quando comparada a sua linha de raciocínio com aquela adotada magistralmente por este STJ no precedente ora citado:

Acórdãos recorridos - TJSP	Acórdão do STJ
<p>Acórdão da Apelação</p> <p>O ponto central dos autos diz respeito a ser ou não ser a campanha publicitária do apelante abusiva, independentemente do valor nutricional dos alimentos que comercializa, de modo que a perícia nutricional era mesmo despicienda à solução do litígio.</p> <p>No mérito, o recurso comporta provimento.</p> <p>Na época em que veiculada a campanha em comento, a Resolução n.º 163/2014 que enumera os aspectos da abusividade da publicidade e da propaganda direcionada ao público infantil não estava em vigor, de modo que não pode ser o fundamento legal para a aplicação da penalidade.</p> <p>Em vigor estava somente o artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor que prescreve, com conceitos abertos, que: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o</p>	<p>DO MARKETING ABUSIVO DIRIGIDO ÀS CRIANÇAS</p> <p>É abusivo o <i>marketing</i> (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).</p> <p>DA VENDA CASADA</p> <p>A controvérsia cinge-se a saber se ficou configurada a venda casada na estratégia de <i>marketing</i> 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).</p> <p>O Tribunal de origem, ao analisar todo o contexto fático da causa, assentou que ficou configurada a venda casada no caso dos autos, pois os consumidores só</p>



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

Não basta que a publicidade aborde o universo infantil para que seja considerada abusiva. Para tanto, ela deve conter elementos nocivos ao desenvolvimento infantil.

Nesse contexto, não se verifica a abusividade alegada. A publicidade explora o lúdico, sem ofender a honra e a dignidade das crianças. A campanha exalta o respeito ao meio ambiente, o desenvolvimento consciente e a integração entre a criança, seus pais e educadores.

De fato, os vídeos mostram as crianças brincando com os animais objeto dos brindes em total respeito à fauna e à flora. Mostram, ainda, uma roda de leitura com adultos e crianças em um ambiente amistoso e familiar.

De se ressaltar que a perícia concluiu que os brinquedos e os livros da campanha são educativos, “não se encerrando em um fim em si mesmo com a venda do produto e com a aquisição dos brindes. Contém informações e curiosidades importantes para o desenvolvimento da consciência ambiental, ecológica e para a cultura de maneira geral.” (p.1330)

Além disso, não há como desprezar a existência dos responsáveis pela criança, de forma que ainda que a publicidade seja dirigida ao público infantil, a decisão de compra pertence a autoridade familiar, principal fonte de transmissão de princípios e valores aos menores.

(...)

Por tais argumentos não verifico a abusividade alegada, devendo ser anulada a multa imposta.”

poderiam adquirir o relógio se comprassem 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos" e mediante o pagamento de R\$ 5,00 (cinco reais).

Confira-se trecho do acórdão impugnado (fls. 1.233/1.234, e-STJ):

"A publicidade discutida nos autos, referente à linha de produtos "Gulosos" investiu na conhecida modalidade de atrelar um "brinde" à aquisição dos produtos da marca.

A palavra "brinde" significa presente, mimo. Normalmente, esse produto é utilizado como uma forma de propaganda do estabelecimento, da marca ou de algum produto. Desse conceito, pode-se concluir que os "brindes" deveriam ser entregues gratuitamente aos consumidores, o que não acontece no presente caso. Aqui, os consumidores pagavam pelo "brinde".

A venda casada acontece quando um consumidor, ao adquirir um produto, leva conjuntamente outro, seja da mesma espécie ou não. Esse instituto pode ser visualizado quando o fornecedor de produtos ou serviços condiciona que o consumidor só pode adquirir o primeiro se adquirir o segundo.

Essa situação restou caracterizada nos autos. Os consumidores somente poderiam adquirir o relógio se comprassem 05 produtos da linha "Gulosos" e ainda pagassem a quantia de R\$ 5,00. A venda do relógio, portanto, estava condicionada à compra dos bolinhos e biscoitos. Sem estes, aquele não poderia ser adquirido.

Essa prática é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja."

Sobre o tema, em relação à interpretação do art. 39, I, do CDC, a doutrina considera como venda casada quando o "fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço". Destaca-se, ainda, que o referido instituto não está adstrito somente à compra e venda, "valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em 'fornecimento'" (BENJAMIN, Antonio Herman. **In Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

	<p>No caso dos autos, ficou configurada a venda casada, visto que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos".</p> <p>Dessa forma, irretocável o acórdão da origem, ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos a comprar determinados produtos que efetivamente não desejam. Sendo oportuno trazer à colação o opinativo do Subprocurador-Geral da República, <i>in verbis</i>: "<i>Daí surge a correta, e oportuna, participação do INSTITUTO ALANA, e do Ministério Público Estadual, em defesa dos direitos das crianças, buscando preservar, in casu, os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da recorrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos</i>" (fl. 1449, e-STJ).</p> <p>Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.</p>
--	--

A divergência é, portanto, notória!

Os. v. acórdãos impugnados, oriundos do **Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo**, concluíram que a peça não continha elementos nocivos às crianças, pois o vídeo mostraria a criança brincando com os animais objeto dos brindes em respeito à meio ambiente e, ainda, mostrariam uma roda de leitura em ambiente familiar.

E partindo também da premissa equivocada de que a decisão de compra pertence aos pais, o Tribunal *a quo* anulou o auto de infração que imputava à recorrida infração administrativa por violação ao art. 37, ° 2º, do CDC.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Já este **Superior Tribunal de Justiça** concluiu acertadamente no acórdão supracitado que a publicidade de alimentos dirigida direta ou indiretamente, às crianças, é de *per si* abusiva, independentemente qual seria o conteúdo do brinde e o enredo da campanha.

Segundo tal acórdão “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).”

Logo, em relação à campanha *sub judice*, manifesta a ocorrência de violação ao art. 37 § 2ª, do CDC, como visto inclusive no precedente do STJ ora citado.

3.3. DA CONTRARIEDADE AO § 8º DO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O v. acórdão da apelação condenou o PROCON/SP ao pagamento de honorários ao patrono da recorrida no montante equivalente a 10% sobre o valor da causa.

A decisão não adotou o melhor direito no tocante aos honorários advocatícios, desviando-se, completamente das disposições do estatuto processual. Fora desconsiderado o fato de que a causa não implicou em proveito econômico para nenhuma das partes.

Com efeito. A recorrida buscou, por meio do recurso de apelação, reforma da r. sentença e anulação de multa imposta por transgressão ao art. 37, § 2º, do CDC, sob alegação de inexistência da infração.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Assim, muito embora o recurso tenha sido provido, não houve proveito econômico para as partes. A anulação de ato administrativo, no caso, não tem qualquer valor monetário.

No que comporta à recorrente, também ausente o proveito econômico, já que não receberá qualquer valor, a título de multa.

Assim, incidente na espécie, o § 8º, do artigo 85, do Código de Processo Civil, ignorado na decisão:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º. (grifos nossos)

Por sua vez o § 2º, determina que, não havendo proveito econômico, devem os honorários ser fixados em observação aos incisos I a IV:

§ 2º Os honorários serão fixados... atendidos:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (g.n.)

Conclui-se que, o mencionado § 8º, do artigo 85, autoriza a fixação dos honorários por arbitramento nas seguintes hipóteses: a) causas de valor inestimável ou irrisório o proveito econômico; b) causas em que o valor da causa for muito baixo.

O comando contido no dispositivo grifado é cogente. Não estabelece faculdade ao julgador, mas dever: **SERÃO FIXADOS**. A lei não autoriza ao juiz substituir o critério legal para fixação de honorários pelo seu critério pessoal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A lei atribuiu ao Poder Judiciário uma margem de discricionariedade, na qual se observará, entre outros, a complexidade da demanda e o tempo de tramitação. A complexidade da demanda e o tempo de tramitação são fatores que DEVEM SER avaliados pelo julgador.

A ação em tela não é complexa, como apontado na sentença. **Não se justifica a fixação dos honorários no montante de meio milhão de reais, sobretudo se levarmos em conta, ainda, que serão suportados por uma fundação pública que tem por escopo a tutela dos consumidores!!!**

Saliente-se que em caso de fixação de honorários excessivos ou irrisórios, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg. no ERESP 432201-AL, entendeu cabível até mesmo a interposição de recurso especial com o fim de adequá-lo a patamar razoável, afastada a incidência da sua Súmula 7:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE AS HIPÓTESES EM CONFRONTO. DESATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 255 DO RISTJ. PARADIGMA QUE NÃO REPRESENTA O ATUAL ENTENDIMENTO DA CORTE. INADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS COM FULCRO NO ART. 20, § 4º DO CPC. REVISÃO. POSSIBILIDADE EM CASOS DE VALORES IRRISÓRIOS OU EXAGERADOS. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Em se tratando de embargos de divergência, antes que seja examinado o tema de mérito, é necessário que se verifique o atendimento aos requisitos formais exigidos à caracterização do dissenso interpretativo, consoante estabelece o artigo 266, § 1º, do RISTJ: “A divergência indicada deverá ser comprovada na forma do disposto no art. 255, §§ 1º e 2º, deste Regimento”. Na espécie, tais requisitos não foram supridos.
2. Se a divergência que se pretende demonstrar está fundada em paradigma que não mais representa o entendimento da Corte sobre o tema, caracteriza-se defeito formal que impede o conhecimento dos embargos de divergência, na medida em que ausente um de seus pressupostos elementares de interposição, qual seja, a efetiva existência de interpretação diversa sobre a mesma matéria.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

3. Em que pese a vedação inscrita na Súmula 07/STJ, o atual entendimento da Corte é no sentido da possibilidade de revisão de honorários advocatícios fixados com amparo no art. 20, § 4º do CPC em sede de recurso especial, desde que os valores indicados sejam exagerados ou irrisórios.
4. As razões recursais devem se mostrar suficientes à alteração do provimento jurídico atacado. Ausente essa condição, impõe-se a denegação do pedido.
5. Agravo regimental desprovido.(STJ, AgRg nos **EREsp 432201** / AL, Corte Especial, Ministro José Delgado, j. 16/02/2005)

Dentro dessa conjuntura, deveria o julgador fixar os honorários de maneira equitativa, levando em consideração que não houve proveito econômico para nenhuma das partes e as peculiaridades da demanda.

Essa é tendência adotada por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça conforme se depreende pelo acórdão abaixo:

RESP 1.6870.916 - JULGAMENTO 08/06/2017
 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. MAJORAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(...)

Em suas razões, o recorrente sustenta ofensa ao artigo 85, § 2º e 292, § 2º, ambos do CPC/2015, ao argumento de que o valor da causa e, conseqüentemente, o proveito econômico obtido é certo e determinado, de forma que o arbitramento dos honorários advocatícios deve obedecer aos novos percentuais previstos no novo codex processual— entre 10% e 20%.

Pugna pela majoração dos honorários concedidos.

(...)

Consoante se depreende de tais fundamentos, evidencia-se que a Corte regional se valeu de parâmetro legal e válido para utilização do critério da apreciação equitativa, pois o proveito econômico apresenta-se inestimável (ex vi, art. 85, § 2º, do .NCPC).

Ademais, assevera-se que tal conclusão decorreu de ampla análise do conjunto fático-probatório, oportunidade em que se chegou à compreensão de que **existem diversas nuances circunstanciais que impossibilitam a determinação exata do proveito econômico,** neste momento, revelando-se tal questão como fato controverso.

(...)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial. (g.n.)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Assim, impende, caso sejam os v. acórdãos recorridos mantidos, o que apenas se admite *ad argumentandum*, seja determinada a redução dos honorários sucumbenciais, nos termos acima expostos.

4. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Por todo o exposto, a Fundação Procon-SP e a Fazenda do Estado de São Paulo requerem seja dado provimento ao recurso especial para anular o v. acórdão que julgou os embargos de declaração, e determinar a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para que este se pronuncie, na esteira do devido processo legal, sobre as omissões apontadas pela recorrente.

Subsidiariamente, requerem seja o presente recurso especial provido para reconhecer a contrariedade ao art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, e ainda aos arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme a argumentação exposta e nos moldes do precedente do STJ acima analisado analiticamente, reformando-se assim os vv. acórdãos recorridos e, em consequência, julgando-se *in totum* improcedentes os pedidos contidos na Inicial.

Subsidiariamente, caso assim não entendam Vossas Excelências, o que novamente apenas se admite a título de debate, requer seja reduzida a verba honorária fixada no v. acórdão da apelação, em conformidade com o art. 85, § 8º, do CPC/2015 e em atenção à equidade.

Termos em que pede e espera deferimento.
São Paulo, 01 de junho de 2020

PAULA BOTELHO SOARES
Procuradora do Estado
OAB/SP N° 161.232