

EXMO. SR. DR. DES. PRES. DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Processo nº 1043711-20.2016.8.26.0053

MONDELÊZ BRASIL LTDA. (“MONDELÊZ BRASIL”), qualificada nos autos da ação anulatória em epígrafe, que move em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (“PROCON-SP”), vem apresentar **CONTRARRAZÕES** em face do Agravo em Recurso Especial de fls. 1002-1013, com fundamento no art. 1042, §3º, do Código de Processo Civil e nos termos das razões anexas, cuja juntada aos autos requer.

Termos em que
pede deferimento.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES STEINER

OAB/SP n.º 139.138

MARÍLIA DOS SANTOS DIAS RENNÓ

OAB/SP n.º 332.066

CAROLINA BARROS FIDALGO

OAB/SP n.º 340.928

GABRIEL COZENDEY PEREIRA SILVA

OAB/RJ n.º 176.135

CONTRARRAZÕES AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

Juízo de origem: 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital
Número do processo: 1043711-20.2016.8.26.0053
Agravante: PROCON-SP
Agravada: Mondelêz Brasil

**RAZÕES DA AGRAVADA
MONDELÊZ BRASIL LTDA.**

.I.

TEMPESTIVIDADE

1. Destaca-se, primeiramente, a tempestividade das presentes contrarrazões: o ato que concedeu vista à agravada para apresentação das suas contrarrazões foi publicado em 17.10.2018. Assim sendo, o prazo iniciou-se no dia 18.10.2018, primeiro dia útil subsequente. O dia 2 de novembro foi feriado, nos termos da lei federal nº 662/1949. Portanto, o prazo terminou em 08.11.2018, de modo que são tempestivas as presentes contrarrazões.

.II.

BREVE RESUMO DA DEMANDA

2. Esta ação, julgada procedente em ambas as instâncias, trata da nulidade formal e material do processo administrativo nº 0236/12-AI, instaurado pela ré, ora agravante, com fundamento no Auto de Infração nº 01920-D8, lavrado em virtude de suposta violação ao art. 37, § 2º, da Lei nº 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), implicando cominação de multa no valor de R\$458.240,00 (quatrocentos e cinquenta e oito mil e duzentos e quarenta reais), porque se teria realizado publicidade abusiva, destinada ao público infantil, da marca de gelatina Royal.

3. De acordo com o Auto de Infração, a alegada violação decorreria: (i) da utilização de personagens do universo infanto-juvenil (a “Turma do Bob Esponja” e o “Bocão”) nas embalagens do

referido produto; (ii) da distribuição de figurinhas adesivas, não colecionáveis, no interior das embalagens; e (iii) da realização de promoções em *site* da marca, na Internet.

4. Conforme exaustivamente demonstrado tanto nos autos do processo administrativo, quanto no curso da ação anulatória, não houve publicidade abusiva. Os personagens utilizados nas embalagens e as atividades lúdicas disponibilizadas no site da Internet (i) não são discriminatórios; (ii) não incitam a violência; (iii) não exploram o medo ou a superstição; (iv) não se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança; (v) não desrespeitam valores ambientais; e (vi) não induzem a comportamento prejudicial ou perigoso, enfim, não constituem nenhuma infração ao CDC ou a vedações à publicidade infantil detalhadas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

5. Nesse sentido, o magistrado ressaltou na sentença: “**não entendo que o uso da imagem dos personagens da “Turma do Bob Esponja” e o “Bocão” nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa de gelatinas importe em propaganda abusiva, pois efetivamente não promovem a publicidade discriminatória de qualquer natureza, não incitam a violência, não exploram o medo ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança**” (fls. 862-863).

6. Contra a sentença, a ora agravante interpôs apelação. Ao decidir pela improcedência da apelação, a C. 12ª Câmara de Direito Público do E. TJSP consignou que “**não se verifica a efetiva violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a utilização dos personagens trata apenas de mensagens que exploram o lúdico infantil, sem ofender a honra e a dignidade das crianças. Para a ocorrência de violação ao referido dispositivo é necessário abusividade na conduta da empresa, o que não ocorreu no presente caso**” (fls. 951-952).

7. Ainda inconformada, a agravante interpôs Recurso Especial, que foi inadmitido. Corretamente, entendeu o Exmo. Des. Pres. da Seção de Direito Público do E. TJSP que o acórdão atacado foi adequadamente fundamentado e que, além disso, o intuito recursal era, na verdade, o reexame dos elementos fático-probatórios, o que é expressamente vedado, nos moldes da Súmula 7 do STJ.

8. Por fim, a agravante interpôs o presente agravo em recurso especial, em que, além de tratar do requisito do prequestionamento referente ao art. 37, § 2º, do CDC – requisito cuja apreciação sequer constituiu objeto da decisão agravada –, repete os argumentos de admissibilidade já rechaçados

pelo E. TJSP, acrescentando, apenas, que a decisão agravada teria adentrado o mérito do recurso especial e que teria carecido de motivação adequada.

9. Conforme ficará demonstrado a seguir, o presente agravo em recurso especial também não merece prosperar.

.III.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO E. STJ

10. Como se sabe, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, em sede de recurso especial, é vedado pela Súmula 7 deste E. STJ.

11. **Sendo assim, cumpre ressaltar que a agravante pede um completo reexame das provas apreciadas pelo acórdão recorrido, acerca da forma como o produto em questão foi promovido.**

12. Nesse intuito, a agravante, inclusive, menciona supostas consequências concretas da campanha publicitária, as quais jamais foram sequer comprovadas nos autos do processo de conhecimento. Segundo ela, seria fato incontroverso que a publicidade veiculada se teria aproveitado da hipossuficiência do público infantil (fl. 1.005).

13. No entanto, o que o Acórdão recorrido em questão sustenta é justamente o oposto:

“Como bem asseverado pelo D. Juízo a quo: ‘não entendo que o uso da imagem dos personagens da ‘Turma do Bob Esponja e o Bocão’ nas caixas de gelatina em pó e o fornecimento de figurinha no interior da caixa de gelatinas importe em propaganda abusiva, pois efetivamente não promovem a publicidade de qualquer natureza, não incitam à violência, não exploram o medo ou a superstição, nem se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança, não desrespeitam valores ambientais, nem induzem os consumidores a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança’ (fl. 951).

14. De fato, conforme amplamente demonstrado nos autos do processo originário, a agravante não apresentou qualquer prova de que a campanha publicitária da recorrida tenha, efetivamente, incitado violência, explorado medo ou superstição, se aproveitado da deficiência de julgamento de menores, desrespeitado valores ambientais, causado qualquer outro prejuízo concreto a qualquer consumidor ou mesmo feito uso de expediente ilícito que, por si só, poderia tornar abusiva a

campanha, como a venda casada, por exemplo – no caso destes autos, a distribuição de figurinhas não colecionáveis foi gratuita, assim como o acesso a qualquer material promocional.

15. Em suma, nenhuma alegação de abusividade foi efetivamente comprovada.

16. Portanto, o fato supostamente incontroverso alegado pela recorrente não só inexistente, como também é justamente o oposto do alegado: ficou reconhecido, pelo exame das provas apresentadas pela recorrida e pela ausência de provas das alegações da recorrente, que a campanha publicitária em questão não é abusiva.

17. Mas não é só isso o que justifica a inadmissibilidade do recurso.

18. Em trecho que beira a inépcia, a agravante, no afã de demonstrar a indemonstrável circunstância de que seu recurso se restringiria a matéria de direito, afirma que o objeto do recurso seria provocar o E. STJ a que se manifestasse sobre se “*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*” (fl. 1.006).

19. Trata-se de mais um argumento infeliz. É óbvio que se aproveitar da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança constitui propaganda abusiva. É exatamente o que prevê o dispositivo legal, não sendo necessário instar o E. STJ para se manifestar sobre esse ponto. O ponto sobre o qual o recorrente está inconformada, em verdade, não é esse, mas sim o de se a campanha da recorrida foi abusiva.

20. E, com relação a esse ponto, retornamos ao já decidido pela decisão agravada: não existe, conforme visto, qualquer indício de exploração de deficiência de julgamento de qualquer criança e, de qualquer forma, discutir esse ponto, em sede de recurso especial, para fins de reforma da sentença recorrida, constituiria, claramente, revolvimento da matéria probatória, o que é vedado pela Súmula 7. Nesse sentido, precedente recente do E. STJ:

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MILITAR DA AERONÁUTICA. REINTEGRAÇÃO AO SERVIÇO MILITAR E REFORMA EX OFFÍCIO. ALEGADA NULIDADE DO ATO DE DESLIGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. **TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DECIDE PELA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA COAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. INOCORRÊNCIA DE VALORAÇÃO DE PROVAS.**”*

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não se conhece da violação a dispositivos infraconstitucionais quando a questão não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial do necessário prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). **2. Tendo o Tribunal de origem decidido que não existiriam provas nos autos de que o agravante teria sido coagido por seus superiores hierárquicos a fim de requerer o respectivo desligamento, rever tal entendimento, a fim de reconhecer o que restou comprovado que o desligamento do agravante do serviço militar deu-se em razão de coação dos superiores hierárquicos, demanda o necessário reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso especial, por força do óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes.** 3. **‘A valoração da prova, no âmbito do recurso especial, pressupõe contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, ou mesmo à negativa de norma legal nessa área. Tal situação não se confunde com o livre convencimento do Juiz realizado no exame das provas carreadas nos autos para firmar o juízo de valor sobre a existência ou não de determinado fato; cujo reexame é vedado pela Súmula n.º 07/STJ’ (AgRg no AREsp 160.862/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 28/02/2013).** 4. *A análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o acórdão recorrido e os julgados paradigmas, uma vez que as suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo. Precedentes.* 5. *Agravo regimental não provido*” (AgRg no AREsp 684.442/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 26/05/2015)

21. Podem, ainda, ser facilmente referidos diversos outros precedentes do E. STJ em que se aponta que a reanálise de propaganda, para fins de verificação de abusividade ou de enganosidade, em sede de recurso especial, importa em reexame de fatos e provas e contraria o disposto na Súmula 7 do E. STJ:

“AGRAVO INTERNO EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. **1. Derruir a conclusão a qual chegou a Corte local, no sentido da inexistência de publicidade enganosa, necessariamente implicaria no revolvimento das provas juntadas aos autos, o que forçosamente ensejaria em rediscussão de matéria fático-probatória, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 do STJ. Precedentes.** 2. *Agravo interno desprovido*”¹.

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PROPAGANDA ENGANOSA. REEXAME DE FATOS. SÚMULA Nº 7/STJ.** 1. **Rever questão decidida com base no**

¹ AgInt no AREsp 925.065/MS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 28/03/2017.

exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de não ser possível a revisão do quantitativo em que autor e ré decaíram do pedido, para fins de aferir a sucumbência recíproca ou mínima, por implicar reexame de matéria fático-probatória, procedimento vedado pela Súmula nº 7/STJ. 3. Agravo interno não provido”.²

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.DANO MORAL. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. **PUBLICIDADE NÃO OBSERVADA PELA CONSTRUTORA.** ITENS DE LAZER OFERTADOS NÃO ENTREGUES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. **1. Não é possível reverter a conclusão do acórdão recorrido acerca da configuração dos danos morais sofridos pelos adquirentes de empreendimento imobiliário em desacordo com a publicidade veiculada, sem reexame dos elementos fáticos da demanda, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.** 2. Agravo interno a que se nega provimento”³.

22. Esses argumentos são mais que suficientes para justificar a inadmissão do recurso especial em comento, pela incidência da Súmula nº 7 deste C. STJ, conforme já reconhecido pelo E. TJSP.

.IV.

DESCABIMENTO E AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL

23. Além disso, ainda que hipoteticamente admitido o recurso, sua análise desafiaria, inclusive, o reconhecimento, pelo E. STJ, de completo descabimento e ausência de interesse recursal.

24. Isso porque, uma vez que não é possível ao E. STJ reconhecer que o acórdão recorrido violou o art. 37, § 2º, do CDC, visto que a não aplicação desse dispositivo pelo acórdão se fundou em análise de provas apenas, caberia ao STJ, somente, de acordo com a pretensão da agravante, manifestar-se sobre se “*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*” (fl. 1.006). Ora, isso é o que diz a lei!

25. **O objeto do recurso, assim descrito, é mera paráfrase do referido art. 37, § 2º, de modo que eventual manifestação do STJ consistiria em mera interpretação de norma federal em**

² AgInt no AREsp 895.686/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 22/11/2016.

³ AgInt no AREsp 1008882/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 08/08/2017.

tese, o que não constitui hipótese de cabimento de recurso especial. “Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese”⁴.

26. Quanto à ausência de interesse recursal, ainda que admissível e cabível o recurso, **seu conhecimento esbarraria na evidente inutilidade de se obter, do STJ, manifestação sobre se “constitui propaganda abusiva o fato de se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência de crianças”, quando essa é a expressa dicção legal.**

27. Ou seja, a defesa da admissibilidade do recurso, pela agravante, é tão desastrosa que, a par de não conseguir evidenciar o afastamento do enunciado da Súmula nº 7 da Corte Superior, evidencia inadmissibilidade e, eventualmente, até descabimento e ausência de interesse recursal.

28. Desse modo, **o recurso especial em questão constitui, na verdade, mal disfarçada tentativa de rediscutir matéria probatória ou, eventualmente, de defender a ilicitude em tese de qualquer publicidade destinada ao público infantil.**

.V.

OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO IMPLICAM USURPAÇÃO DE QUALQUER COMPETÊNCIA DO E. STJ

29. A agravante, de maneira confusa, além de tratar de questões que sequer foram abordadas pela decisão de inadmissão do recurso especial, como aquela relacionada ao prequestionamento, alega que essa decisão teria adentrado o mérito do recurso e, com isso, usurpado competência do E. STJ. Discorre longamente sobre requisitos de admissibilidade recursal – inclusive sobre a necessidade de não revolvimento de matéria fática, requisito que não cumpriu –, para apenas afirmar que “o Tribunal a quo, sob pretexto de examinar a admissibilidade do Recurso Especial, foi além, tecendo consideração a respeito do mérito das razões recursais” (fl. 1.009), **sem indicar em que parte da decisão agravada a suposta incursão sobre o mérito teria ocorrido.**

30. Esse argumento chega a ser contraditório com o argumento seguinte, de que faltaria fundamentação suficiente à decisão recorrida. Ora, ou bem se alega que a fundamentação teria sido exorbitante, ou se alega que teria sido insuficiente. As razões do agravo ora impugnado, por demasiado

⁴ STJ, REsp 684.442/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 05/09/2005, p. 260.

genéricas e contraditórias, evidenciam, mais uma vez, que a agravante não é capaz de apresentar qualquer argumento consistente que justifique a reforma da decisão agravada.

31. Não se verifica, portanto, a alegada violação ao art. 1.030 do CPC pela decisão agravada. **Todavia, ainda que se entendesse, *ad argumentandum*, que a decisão agravada teria adentrado o mérito do Recurso Especial, isso não só não caracteriza usurpação de competência do E. STJ, assim como não afasta a validade de juízo de inadmissibilidade promovido pelo tribunal de origem, conforme recentemente decidido por esta E. Corte Superior:**

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXAME DE MÉRITO EM DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 123 DO STJ. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste nulidade se o juízo de admissibilidade do recurso especial proferido na origem adentra o mérito do apelo. Referido decisório não vincula nem impede novo juízo por este Tribunal Superior. Inteligência da Súmula 123/STJ. (...) 3. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 4. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou os elementos de fato contidos no processo para concluir ser inviável invocar a exceção de contrato não cumprido. Alterar esse entendimento demandaria reexame do conjunto probatório do feito, vedado em recurso especial. 5. Agravo interno desprovido” (AgInt no AREsp 357.316/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018).

.VI.

OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA SÃO ADEQUADOS

32. Quanto à alegada insuficiência de fundamentação, a agravante cita, em seu socorro, precedente do STJ em que a E. Corte Superior justificou a negativa de seguimento a REsp justamente porque *“o recorrente se limitou a repisar os argumentos relacionados com o mérito da demanda”* (!) (fl. 1.013), além de precedente que trata de perda objeto, ou seja, tudo indica que o agravo em questão foi elaborado a partir de modelo de petição que em nada se relaciona com o caso destes autos.

33. Nada no agravo, enfim, afasta a circunstância de que a decisão agravada se fundamentou, suficiente e claramente, (i) na constatação da fundamentação suficiente e clara do acórdão recorrido e (ii) na inafastável incidência, ao recurso especial, do enunciado nº 7 da súmula do E. STJ.

34. Com efeito, em precedente que vale tanto para a decisão agravada, quanto para a decisão objeto do recurso especial, “segundo a jurisprudência consolidada do Pretório Excelso, reafirmada no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do AI-RG-QO 791.292/PE, a teor do disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, as decisões judiciais devem ser motivadas, ainda que de forma sucinta, não se exigindo o exame pormenorizado de cada alegação ou prova trazida pelas partes (...) (Tema 339/STF)” (AgInt no RE no AgInt no AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp 969.118/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 26/09/2018).

35. Inocorrente também, portanto, a alegada violação ao art. 93, IX, da Constituição, que, ademais, sequer desafia a interposição de recurso especial.

.VII.

CONCLUSÃO

36. Diante do exposto, restou demonstrado que os argumentos do agravo, além de confusos e contraditórios, não se sustentam nem se prestam a justificar a reforma da decisão agravada. Nesse sentido, a agravada requer que seja negado provimento ao agravo, a fim de que se mantenha a inadmissibilidade do Recurso Especial em questão.

Termos em que
pede deferimento.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES STEINER
OAB/SP n.º 139.138

MARÍLIA DOS SANTOS DIAS RENNÓ
OAB/SP n.º 332.066

CAROLINA BARROS FIDALGO
OAB/SP n.º 340.928

GABRIEL COZENDEY PEREIRA SILVA
OAB/RJ n.º 176.135