

EMB.DECL. NO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 77.097 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
EMBTE.(S)	: BRF S.A.
ADV.(A/S)	: MARCELO CAMA PROENCA FERNANDES
EMBDO.(A/S)	: FUNDACAO DE PROTECAO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Inicialmente, ressalto que os embargos de declaração são cabíveis para sanar a ocorrência de obscuridade, contradição e omissão, bem como para corrigir eventual erro material (art. 1.022 do CPC).

Registre-se ainda que os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais.

No caso dos autos, a embargante opôs os presentes aclaratórios contra acórdão desta Turma que, apesar da divergência por mim apresentada, negou provimento ao agravo regimental em razão da intranscendência dos motivos determinantes para fins de reclamação.

A embargante assevera a necessidade de esclarecimento da prestação jurisdicional e a consequente aplicação dos excepcionais efeitos infringentes ao acórdão embargado. Aponta omissão no ato questionado, uma vez que se limitou a apontar a existência de entendimento desta Corte a respeito da intranscendência das razões decisórias em sede de reclamação, deixando de apreciar o argumento de que não houve o necessário juízo de proporcionalidade da medida adotada.

Sustenta que *“Deveria ter ocorrido um exame dos interesses envolvidos (livre iniciativa/liberdade de manifestação do pensamento x proteção do consumidor/tutela das crianças), avaliando se a restrição imposta pelas autoridades competentes mostrava-se necessária para atender a razões de interesse público e se havia utilidade na vedação veiculada pelo PROCON-SP.*

Nada disso foi feito, e a obrigação de modicidade e de proporcionalidade que emanam da orientação jurisdicional firmada pelo Supremo Tribunal Federal foi completamente desrespeitada” (eDOC 38, p. 12).

Nesse ponto, reitero os fundamentos expostos em meu voto por ocasião do julgamento do agravo regimental, pelos quais concluo que assiste razão à parte embargante.

Vejamos.

Trata-se de reclamação constitucional ajuizada por BRF S.A., ora embargante, em face de decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Especial 1.613.561/SP, na qual se alega violação às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.311/DF, ADI 4.613/DF e ADI 5.631/DF.

Por oportuno, colhe-se da inicial o seguinte relato fático:

“Cuida-se de ação judicial promovida pela ora postulante em face do PROCON-SP, em que se requer a desconstituição de penalidade administrativa aplicada por aquela fundação no valor originário de R\$ 458.240,00 (quatrocentos e cinquenta e oito mil, duzentos e quarenta reais). A sanção foi imposta à ora reclamante em decorrência de publicidade alegadamente abusiva veiculada pela empresa durante os Jogos Pan-Americanos do Rio de Janeiro em 2007.

Basicamente, a referida campanha publicitária tratou da possibilidade de trocas de selos constantes de produtos para consumo adulto comercializados pela ora requerente, tais como margarina, filet de frango, nuggets, penne, peito de peru, presunto, dentre outros. Os selos poderiam ser trocados por produtos infantis relacionados aos Jogos Pan-Americanos, tal como consta da sentença de primeiro grau:

A campanha, como já dito, consistia na entrega de cinco bonecos de pelúcia, cada um representando um esporte diferente, mediante a apresentação de cinco selos,

de cores diversas, encontrados em vários produtos da autora; para a aquisição de todos os bonecos, portanto, seria necessária a compra de ao menos vinte e cinco produtos variados (dada a diversidade de cores dos selos), em um período de dois meses, e o pagamento de R\$ 3,00 por cada troca. Conforme veiculou -se, a chamada da campanha era 'brincar nunca foi tão gostoso', assim explicada: 'chegou a Promoção Mascotes Sadia. São 5 lindos bonecos de pelúcia para você colecionar. Para ganhar o seu, basta juntar 5 selos de cores diferentes (vermelho, azul, amarelo, preto e branco), que você encontra nas embalagens dos produtos Sadia participantes, com mais R\$ 3,00 e trocar por uma Mascote Sadia. Confira os postos de troca, produtos participantes e o regulamento completo da promoção. Colecione'. A versão televisiva pouco difere, sendo a mesma, na essência.

O PROCON-SP sustentou a abusividade da referida campanha publicitária, apontando que ela se valeria da deficiência de julgamento por parte das crianças, atraindo a atenção desse público específico para os seus produtos, que sequer se destinam ao consumo infantil. A mensagem publicitária em questão, portanto, teria por escopo exclusivamente majorar as vendas da ora requerente, valendo-se do público infantil, que teria o poder de influenciar a compra dentro de seus núcleos familiares.

A ora postulante defende, desde o início da causa, a absoluta ausência de abusividade na propaganda em causa, sustentando que se tratou de uma mera promoção relacionada a um evento esportivo ocorrido no País. Apontou-se, ainda, que a mensagem publicitária não foi especificamente dirigida às crianças, especialmente porque se trata de produtos de

consumo geral. De todo modo, ainda que a propaganda tenha sido direcionada ao público infantil, esse tipo de atividade não é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Destaque-se, desde logo, que o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária examinou a mensagem publicitária em causa e reconheceu a sua validade, na perspectiva do art. 37 do Código-CONAR, que trata da publicidade infantil.

O juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulados pela BRF na demanda, para tanto invocando os seguintes fundamentos: (i) os produtos comercializados pela ora requerente não se dirigem especificamente a crianças, são de consumo geral; (ii) o PROCON-SP, em verdade, pretende suplementar as normas atualmente existentes, que não vedam propagandas relacionadas aos produtos da ora postulante e tampouco proíbem mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil; e (iii) inexiste, na espécie, uma indução excessiva ao consumo infantil dos alimentos da ora reclamante.

Em sede de recurso de apelação interposto pelo PROCON-SP, a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante a prolação de ato decisório que se acha a seguir ementado:

(...)

Seguiu-se a interposição de recurso especial pelo PROCON-SP. Tal apelo insistiu na ocorrência de publicidade abusiva na espécie e invocou a violação ao art. 37, 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Como seria de se esperar, o recurso em questão não foi admitido no âmbito do Tribunal de Justiça paulista em função da incidência da Súmula/STJ n. 7, dada a claríssima necessidade de revolvimento fático-probatório para examinar-se o mencionado apelo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque a análise da abusividade, ou não, da propaganda

em causa demandaria, naturalmente, o exame de seus termos e de outras questões fáticas claramente desvinculadas de uma apreciação estritamente jurídica, própria do julgamento em sede recursal especial.

Houve, na sequência, a interposição de agravo em recurso especial pelo PROCON-SP.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o eminente Relator, Min. Herman Benjamin, converteu o feito em recurso especial e determinou a oitiva do Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do apelo, justamente pela incidência da Súmula/STJ n.7.

Subsequentemente, o recurso especial foi julgado pela E. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, que conheceu e proveu o apelo, para afastar a pretensão deduzida pela ora postulante nesta demanda e manter a penalidade imposta à ora reclamante pelo PROCON-DF.

Em seu julgamento, ocorrido em abril/2017, a E. Segunda Turma seguiu o voto proferido pelo eminente Relator, Min. Herman Benjamin, firmando o entendimento em torno da impossibilidade de veiculação de publicidade implícita ou explicitamente destinada ao público infantil para a aquisição de alimentos. Na mesma decisão, aquele C. Colegiado sustentou que a falta de poder de consentimento das crianças impede que sejam elas destinatárias de mensagens publicitárias como se fossem pessoas capazes.

(...)

A parte ora requerente então opôs embargos de declaração, com o pedido de outorga de efeitos infringentes, apontando, dentre outras questões, a incidência de relevantes postulados constitucionais (legalidade, isonomia e livre iniciativa) que, se adequadamente apreciados, conduziriam a resultado jurisdicional completamente distinto na espécie.

Pediu, portanto, a alteração do entendimento firmado pela E. Turma julgadora.

Após a oposição dos referidos embargos e antes de seu exame pela C. Turma julgadora, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs 4.613/DF (setembro/2018), 5.631/DF (março/2021) e 3.311/DF (setembro/2022). E, no exame de tais processos, essa E. Suprema Corte firmou clara orientação em torno da existência de um direito fundamental à liberdade de expressão comercial, como decorrência da livre manifestação do pensamento, da livre iniciativa e do estatuto constitucional da ordem econômica. Esse entendimento, com efeitos vinculante e erga omnes, alcançou inclusive e especialmente a publicidade infantil, núcleo da controvérsia objeto deste processo.

Nada obstante a oposição dos embargos de declaração pela ora requerente e a adoção do novo e vinculante entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, a E. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em junho/2024, rejeitou os mencionados embargos, reiterando a sua orientação anterior e proferindo a decisão que se acha consubstanciada no acórdão a seguir ementado:

(...)

A ora requerente então interpôs recurso extraordinário em face do ato decisório acima destacado, apontando uma situação de desrespeito aos postulados constitucionais da igualdade, livre iniciativa, segurança jurídica e legalidade, inscritos no art. 1º, IV, no art. 5º, caput, e XXXVI, no art. 37, caput e no art. 170, da Constituição Federal.

Tal apelo foi inadmitido pelo eminente Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Houve, na sequência, a interposição de agravo interno e de agravo em recurso extraordinário pelo ora requerente, que ainda não foram examinados.

Nessa perspectiva, vislumbrando a ocorrência de desrespeito à autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exame da ADI 3.311/DF, da ADI 4.613/DF e da ADI 5.631/DF, a parte ora postulante ajuíza a presente reclamação, com fundamento nas razões a seguir consignadas.” (eDOC 1, p. 1-7).

Pois bem.

Conforme manifestei-me no voto-vista, no caso dos autos, a reclamante alega, em suma, que o Superior Tribunal de Justiça, ao confirmar entendimento no sentido da vedação geral e irrestrita de publicidade implícita ou explicitamente destinada ao público infantil para a aquisição de alimentos, teria desrespeitado o que decidido por esta Suprema Corte nos julgamentos das ADIs 3.311, 4.613 e 5.631.

Segundo a parte reclamante, a Segunda Turma do STJ teria incorrido nos seguintes equívocos:

“(i) Vedação geral e irrestrita à publicidade infantil: ao sustentar que não se admite a publicidade de gêneros alimentícios dirigida ao público infantil, a C. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça desrespeitou claramente o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a publicidade dirigida a esse público específico revela-se válida e legítima, como desdobramento da liberdade de manifestação do pensamento e da livre iniciativa. Houve uma vedação geral e irrestrita que simplesmente não encontra amparo na orientação jurisprudencial dessa E. Suprema Corte e tampouco na legislação aplicável:

(ii) Ausência de um juízo específico de proporcionalidade: não houve, absolutamente, qualquer exame de proporcionalidade no presente caso. O órgão judiciário prolator da decisão ora reclamada afastou completamente a possibilidade de veiculação de publicidade infantil de forma

geral, sem apreciar a situação concreta a ele apresentada (ou seja, não se examinaram fatos e provas). A Corte de origem deveria necessariamente ter analisado o conteúdo da propaganda comercial objeto de controvérsia, as razões para a sua veiculação e os motivos que levaram o PROCON-SP a concluir pela sua abusividade. Deveria ter ocorrido um exame dos interesses envolvidos (livre iniciativa/liberdade de manifestação do pensamento x proteção do consumidor/tutela das crianças), avaliando se a restrição imposta pelas autoridades competentes mostrava-se necessária para atender a razões de interesse público e se havia utilidade na vedação veiculada pelo PROCON-SP. Nada disso foi feito, e a obrigação de modicidade e de proporcionalidade que emanam da orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal foi completamente desrespeitada: e

(iii) **Houve uma proibição excessiva, incompatível com o vetor liberdade inscrito na Carta da República:** a E. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça atuou de forma excessivamente proibitiva na espécie, afastando a liberdade de escolha tão celebrada no desenvolvimento infantil e no processo educacional. Essa Suprema Corte, nos precedentes apontados nesta reclamação, alertou que o desenvolvimento humano, especialmente das crianças, não se dá apenas pela imposição de proibições ou regras rígidas, como aquelas resultantes da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça neste caso. O aprendizado pela tomada de decisões é essencial para o desenvolvimento infantil e a imposição de restrições desmedidas prejudica a autonomia e o senso crítico. A proibição excessiva traz rebeldia e/ou curiosidade descontrolada, ambas prejudiciais às crianças e adolescentes. Banir toda forma de publicidade alimentar dirigida ao público infantil, tal como ocorre na espécie, revela-se contraproducente. Uma abordagem mais equilibrada (proteção, com autonomia progressiva) é justamente aquela que advém da orientação

jurisdicional dessa E. Suprema Corte, completamente desrespeitada na espécie.” (eDOC 22/ID 144d80e3, p. 8-9; grifos nossos).

Observa-se que esta Suprema Corte, nos paradigmas invocados, delineou importantes balizas no que concerne à limitação da propaganda comercial — expressão do direito à liberdade de expressão e comunicação — notadamente no que diz respeito à necessária realização de **juízo de proporcionalidade e razoabilidade** entre os valores e princípios postos em conflito. É o que se pode extrair das ementas dos paradigmas mencionados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, CAPUT e §§ 2º, 3º, 4º, 5º E 6º, DA LEI Nº 9.294/1996. PRODUTOS FUMÍGENOS, DERIVADOS OU NÃO DO TABACO. RESTRIÇÕES À PROPAGANDA COMERCIAL. ADVERTÊNCIAS SANITÁRIAS NAS EMBALAGENS. PRELIMINARES REJEITADAS. ADITAMENTO ACOLHIDO. EPIDEMIA DO TABAGISMO. CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O CONTROLE DO TABACO (CQCT). OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PREVALÊNCIA DA TUTELA DA SAÚDE. PRIORIDADE ABSOLUTA DA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A Confederação Nacional da Indústria (CNI), entidade sindical de nível superior que congrega as empresas da indústria nacional, enquadra-se na hipótese de legitimação prevista no art. 103, IX, CF. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade, por existir pertinência temática entre seus fins institucionais e a

controvérsia constitucional posta. As restrições impugnadas afetam os interesses das fabricantes dos produtos fumígenos, responsáveis pela propaganda da marca e dos produtos e pelas embalagens. 2. É da linha decisória deste Supremo Tribunal Federal a prejudicialidade por alterada a norma contestada. Inexistência de inovação substancial a ponto de exigir a reconstrução do quadro argumentativo em nova ação. Rejeitada a preliminar de prejuízo, com acolhimento do aditamento da petição inicial. 3. A propaganda comercial encontra proteção constitucional, por ser manifestação da liberdade de expressão e comunicação. Na arquitetura dos direitos fundamentais, que não comporta direitos absolutos, sujeita-se a restrições, desde que proporcionais, na proteção de outros valores públicos. 4. A atividade empresarial, em todas as suas facetas, inclusive a publicitária, submete-se aos princípios da ordem econômica e há compatibilizar-se com a concretização dos demais direitos fundamentais. 5. O art. 220, § 4º, CF, no sentido de que a propaganda do 'tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias' pode sofrer 'restrições legais' explicita a possibilidade e a importância das limitações publicitárias dos produtos notadamente nocivos. 6. A propaganda comercial pode sofrer restrição legal de variada intensidade e, de modo proporcional, ser afastada para a tutela de outros direitos fundamentais. A expressão 'restrição', no art. 220, § 4º, CF, não traduz limitação apriorística à ponderação de valores resultante da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. 7. Surgem constitucionais as restrições da publicidade dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, limitada à exposição dos produtos nos postos de

venda, e a imposição de advertência sanitária acompanhada de imagem, por se mostraram adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, no contexto multifacetado das políticas públicas de combate ao fumo e de controle do tabaco. 8. Prevalência da tutela da saúde (art. 6º, CF) e incidência da proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227, CF). Concretização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF), mediante o estabelecimento de limites à atividade empresarial, no trato de problema de saúde pública de grande proporção. Limitada a livre iniciativa, na dimensão expressiva e comunicativa, para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional sustentável, a redução de desigualdades e a promoção do bem de todos. 9. Inocorrência de delegação legislativa ao atribuir-se, ao Ministério da Saúde, a tarefa de especificar as advertências sanitárias. Competência regulamentar de segundo grau para fiel execução da lei. Aplicação do precedente formado ao julgamento da ADI 1075 (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. virtual de 25.9 a 05.10.2020, DJe 19.10.2020). 10. Ação conhecida e pedido julgado improcedente.” (ADI 3.311, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 29.9.2022; grifos nossos);

“DIREITO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DA INFÂNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.582/2016 POSTERIORMENTE MODIFICADA PELA LEI 14.045/2018 AMBAS DO ESTADO DA BAHIA. RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE INFANTIL DE PRODUTOS DE BAIXO VALOR NUTRICIONAL NAS

ESCOLAS. AUSÊNCIA DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. FEDERALISMO COOPERATIVO. PROPORCIONALIDADE. RESTRIÇÃO MÓDICA NO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Não há prejuízo da ação direta quando nova norma altera a que é impugnada mantém, em tese, o vício de inconstitucionalidade formal. 2. Como recomenda a Organização Mundial da Saúde, as escolas e os demais locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sódio, porque essas instituições agem como in loco parentis, ou seja, no lugar dos pais. 3. A Constituição não admite que a inação da União em regular a publicidade infantil nesses lugares possa ser invocada para impedir a adoção de medidas por parte de Estados para cumprirem as obrigações que decorrem diretamente dos instrumentos internacionais de proteção à saúde e à infância. Precedentes. 4. Atende à proporcionalidade a restrição à liberdade de expressão comercial que visa a promover a proteção da saúde de crianças e adolescentes e que implica restrição muito leve à veiculação de propaganda, porquanto limitada ao local para o qual é destinada, delimitada apenas a alguns produtos e a um público ainda mais reduzido. 5. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 5.631, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 27.5.2021; grifos nossos);

“Ação direta de inconstitucionalidade. Código de Trânsito Brasileiro. Lei que determina a veiculação de

mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de produtos da indústria automobilística (Lei 12.006/2009). Alegação de violação da livre iniciativa e da liberdade de expressão. Não configuração. Cooperação entre o Estado e a iniciativa privada para aperfeiçoamento da educação de todos no trânsito. Princípios da proteção ao consumidor e da função social da propriedade. Improcedência da ação direta. 1. A Lei nº 12.006/2009 acrescentou, no Código de Trânsito Brasileiro, dispositivos que determinavam a veiculação de mensagens educativas de trânsito em peças publicitárias de produtos da indústria automobilística (arts. 77-A e 77-E). 2. As normas não trazem qualquer restrição à plena liberdade de comunicação das empresas ou à livre iniciativa e não excluem, ademais, a responsabilidade do Estado em promover, por ato próprio, publicações de mensagens educativas de trânsito. Trata-se, apenas, de cooperação da indústria automobilística, consectária da proteção ao consumidor e da função social da propriedade (princípios da ordem econômica), na divulgação de boas práticas de trânsito. 3. Improcedência da ação direta.” (ADI 4.613, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 3.12.2018; grifos nossos).

Verifica-se que a jurisprudência desta Corte admite, portanto, a imposição de restrições à liberdade de propaganda e expressão comercial desde que haja um juízo de ponderação entre os valores envolvidos, com observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No caso em análise, consta do voto do eminente relator, Min. Herman Benjamin, que:

“(…)

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças. Isso porque a decisão de comprar gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em época de altos e preocupantes índices de obesidade infantil, um grave problema nacional de saúde pública.

Diante disso, consoante o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, estão vedadas campanhas publicitárias que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil. Na ótica do Direito do Consumidor, publicidade é oferta e, como tal, ato precursor da celebração de contrato de consumo, negócio jurídico cuja validade depende da existência de sujeito capaz (art. 104, I, do Código Civil).

Em outras palavras, se criança, no mercado de consumo, não exerce atos jurídicos em seu nome e por vontade própria, por lhe faltar poder de consentimento, tampouco deve ser destinatária de publicidade que, fazendo tábula rasa da realidade notória, a incita a agir como se plenamente capaz fosse. (...)” (grifos nossos).

Esse entendimento foi confirmado posteriormente pela Segunda Turma do STJ no julgamento de embargos de declaração.

Ora, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça **proibiu de forma geral e irrestrita a publicidade destinada ao público infantil para a aquisição de alimentos**, com fundamento em dispositivos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor (propaganda abusiva) e no Código Civil (validade do negócio jurídico), sem promover, no entanto, o imprescindível juízo de ponderação entre os valores constitucionais envolvidos, o que caracteriza, a meu ver, flagrante

desrespeito ao entendimento adotado no julgamento das ADIs 3.311, 4.613 e 5.631.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração com efeitos infringentes, para cassar os acórdãos reclamados e determinar que o Superior Tribunal de Justiça profira nova decisão, observando o que restou decidido nas ADIs 3.311, 4.613 e 5.631.

É como voto.