



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000316714

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0044517-82.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante DR. OETKER BRASIL LTDA, é embargado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "EMBARGOS REJEITADOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (Presidente), TORRES DE CARVALHO, ANTONIO CARLOS VILLEN, TERESA RAMOS MARQUES E PAULO GALIZIA.

São Paulo, 8 de maio de 2017.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Embargos de Declaração nº 0044517-82.2010.8.26.0053/50000

Embargante: Dr. Oetker Brasil Ltda

Embargado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/sp

Comarca: São Paulo

VOTO N. 840/17

Ação anulatória de auto de infração. São Paulo. PROCON. Autuação com imposição de multa por veiculação de propaganda televisiva considerada abusiva. Publicidade direcionada a crianças. Caracterização de incentivo ao consumo excessivo de guloseimas, em infração ao art. 37, § 2º, do CDC. Sentença de improcedência. Recurso não provido. Ausência de erro, nulidade, omissão, obscuridade ou contradição. Necessária complementação do depósito da multa para os fins do artigo 151, II, do CTN. Preclusão da matéria não configurada. Embargos de declaração rejeitados, com determinação.

V I S T O S .

Em relação a acórdão que negou provimento à apelação contra sentença que julgara improcedente ação anulatória de autuação administrativa e respectiva multa (fls. 1127/1131, 1139 e 1211/1219) apresentou a autora embargos de declaração a pretexto de contradição, obscuridade e omissão, dizendo que o anúncio que lhe rendeu a autuação não mostrou crianças comendo em quantidade excessiva, tampouco era direcionado ao público infantil; aduziu que a diferença do depósito da multa não era devida, pois o recolhimento foi feito no mesmo mês de competência da exigência; acrescentou que a embargada não se manifestou sobre o depósito na primeira oportunidade em que falou nos autos, o que tornou a matéria preclusa.

É o relatório.

Não há omissão, contradição, obscuridade ou dúvida a sanar. O acórdão decidiu fundamentadamente o conflito de interesses e nada impõe fazer menção expressa, numérica, a regras legais não contrariadas nem com vigência negada; tampouco reproduzir argumentos que ficaram explicitamente rechaçados.

Trata-se de recurso meramente procrastinatório, por meio do qual a embargante tenta modificar julgado devidamente fundamentado, o que sugere aplicação da multa inscrita no artigo 1026, § 2º, do CPC, pois não se pode utilizar dos embargos de declaração como se de nova apelação se tratasse.

Não há que falar em vício no acórdão, pois foram enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de infirmar a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

conclusão adotada pela sentença, o que, aliás, fica evidente a partir das teses repetidas nestes embargos. Nada foi acrescentado pela embargante, cuja narrativa demonstra somente **inconformismo** que não legitima a oposição de embargos declaratórios.

Nos embargos de declaração, mesmo com a finalidade de prequestionamento, devem ser observados os limites traçados no Código de Processo Civil, **não sendo tal recurso o meio hábil ao reexame da causa** (STJ – REsp. 11.465-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, DJU 15.2.93, pág. 1.665).

Por outro lado, a Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou: *“São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.”* (cf. RESP 94852-SP, rel. Min. FONTES DE ALENCAR, DJ 13.9.99, pág. 1088).

E também, já decidiu o Supremo Tribunal Federal não ser necessária a citação expressa de dispositivos legais e constitucionais invocados pelo embargante: *“O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocadamente a matéria objeto da norma que nele se contenha”* (STF-Pleno, RE 141.788/9-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6.5.93, não conheceram, maioria, DJU 18.6.93, p. 12.114, 2ª col.).

Os embargos de declaração apresentados aqui não se justificam, portanto; mostram mero inconformismo sem especificar omissão, contradição, obscuridade, erro ou dúvida que possa justificá-los.

Em relação aos demais aspectos, o acórdão foi explícito ao considerar que a indução de infantes ao excesso de consumo está plenamente caracterizada, na medida em que a propaganda veiculada pela embargante se aproveitou da imaturidade do discernimento e da falta de experiência de crianças para exortá-las a se comportar de forma prejudicial à sua saúde.

Abordou-se especificamente a dinâmica teatral da propaganda televisiva, por meio da qual ficou patente o estímulo ao consumo excessivo: as crianças ficam felizes ao se depararem com uma mesa repleta de doces, ficam tristes ao serem lembradas de que não poderão comer tudo e então ficam felizes de novo ao ludibriar o “guardião” do templo e sair com suas mochilas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

repletas de doces.

Considerou-se que tal sequência é inequívoca no estímulo ao excesso, especialmente pelo fato de ser propaganda encenada por crianças e inequivocamente dirigida ao público infantil/pré-adolescente.

Não é só o fato de o filme publicitário ter sido encenado por crianças que o direciona especificamente ao público vulnerável, mas principalmente os produtos propagandeados (doces e demais guloseimas) e a promoção veiculada (possibilidade de obter mochilas no formato de hipopótamo, tamanduá, jacaré, cobra e macaco), itens de inegável interesse precípuo de crianças e pré-adolescentes.

Acrescentou-se que o tipo de promoção “junte e troque” não é abusivo por si só e que é irrelevante que as crianças não possam, por si mesmas, adquirir os produtos, até mesmo porque não é essa a irregularidade que ensejou a autuação.

Relembrou-se que os efeitos nocivos do direcionamento da publicidade levaram o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculado à Secretaria dos Direitos Humanos, a expedir a Resolução n. 163/2014, que considera abusiva toda propaganda direcionada a crianças, como esta.

Obtemperou-se que a liberdade de expressão não é absoluta e deve se conformar às demais garantias constitucionais, o que legitima a aplicação de sanções em caso de propaganda abusiva.

Por fim, não há preclusão da matéria, pois o depósito judicial do valor da multa é uma oportunidade legal conferida à autuada, não uma “matéria de defesa” sobre a qual deveria ter a embargada se manifestado em contestação.

Irrelevante o fato de a insuficiência do depósito realizado pela embargante só ter sido apontada após o oferecimento da defesa; a suspensão da exigibilidade do crédito tributário exige mesmo a complementação do depósito da multa, a fim de que se atenda o artigo 151, II, do CTN, caso contrário ficará aberta a possibilidade de execução.

Aliás, a embargante falta com a verdade ao asseverar que foi “*realizado o depósito do valor integral da multa (R\$105.493,33) no mesmo mês de competência de sua exigência*” (fls. 1224, primeiro parágrafo), conduta esta que pode caracterizar litigância de má-fé (artigo 80, II, do CPC).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Isso porque, embora a ação tenha sido distribuída às 18h42 do dia 30.11.2010 (fls. 02), o depósito do valor relativo à multa somente foi feito em 22.12.2010 (fls. 521), após a decisão que indeferiu o pedido liminar.

De outro lado, verifica-se que a decisão que encerrou o procedimento administrativo e impôs a multa à embargante foi publicada no Diário Oficial em 14.10.2010, sendo certo que o trânsito em julgado em julgado ocorreu no dia 13.11.2010.

Isso significa dizer que, a partir do dia 13.11.2010 a multa já era exigível, porém o depósito judicial para obstar o ajuizamento da execução fiscal somente foi realizado em 22.12.2010, sem qualquer atualização.

Mas não é só.

A decisão dos embargos de declaração que determinou o depósito da diferença apontada pelo PROCON só foi cumprida pela embargante na mesma data em que foi levado ao protocolo o recurso de apelação, dia 22.08.2014 (fls. 1177/1178).

Assim, tratando-se de complementação que deveria ter sido paga pela embargante em **dezembro de 2010**, mas efetivamente só o foi em **agosto de 2014**, é devida também a diferença de atualização referente a este período, como apontado a fls. 1226/1239.

Daí porque se concluiu pela manutenção da sentença de improcedência, cujos efeitos a embargante visa a procrastinar com o manejo de recurso destituído de fundamentação fático-jurídica.

Como se vê, não se justificam estes embargos de declaração, espécie recursal estritamente vinculada aos pressupostos de cabimento inclusive quando a interposição visa ao pré-questionamento, sendo evidente, na espécie, o seu desvirtuamento.

Mesmo que a título de pré-questionamento, entende-se desarrazoada a provocação de expresse pronunciamento a propósito de dispositivos legais tidos por violados, “exigência rebarbativa e desnecessária”, conforme anotado por Araken de Assis (“Manual dos Recursos”, Ed. RT 5ª ed., p. 644), uma vez que os fundamentos jurídicos da decisão (impostos por comando constitucional) não se confundem com os fundamentos legais, dito “prequestionamento numérico”.

Nessa esteira, o E. Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a desnecessidade da menção expressa aos textos de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

lei em que se baseia o acórdão embargado, mediante sua Corte Especial, ressaltando que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem. Cuida-se do chamado prequestionamento implícito (cf. EREsp nº 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP).

Destarte, se for o caso, deverá ser buscada a reforma do acórdão pela via recursal adequada, não se admitindo o efeito infringente aqui almejado.

“Ao Tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a “res in iudicium deducta”, o que se deu no caso em exame” (EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 442.193-SP, STJ, rel. Min. Franciulli Netto, 19.08.04. v. RT 841/213-217, STJ, AgRg no REsp 462.431-RN, 16.08.05, rel. Min. Denise Arruda).

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos de declaração e adverte-se a embargante para as penalidades do artigo 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC, além das alusivas à litigância de má-fé. Fica a embargante intimada a, no prazo de cinco dias da publicação desta decisão, proceder à complementação do depósito da multa, no valor informado pela Fazenda do Estado às fls. 1239 (R\$1.103,27), sob pena de prosseguimento da execução fiscal.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
RELATOR