

1270  
f



# SIQUEIRA CASTRO

## ADVOGADOS

SÃO PAULO Rua Galvão Bueno, 412 15º andar Liberdade  
CEP: 01506-000 SP Brasil  
T (55 11) 3273-4000 F (55 11) 3273-3745

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR  
RELATOR DA 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO EGRÉGIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**Processo autuado sob o nº 0035929-18.2012.8.26.0053**  
*Recurso de Apelação*

**NESTLÉ BRASIL LTDA.**, já qualificada nos autos do processo em epígrafe em que contende com **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, tendo em vista o v. acórdão de fls. prolatado nos autos, o qual houve por bem dar parcial provimento ao recurso de Apelação interposto pela ora Embargada, com fulcro no artigo 535<sup>1</sup> e incisos do Código de Processo Civil, bem como nas Súmulas 98 do STJ e 356 e 282 do STF e demais dispositivos pertinentes, opor os presentes

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

ao v. acórdão, para fins de sanar obscuridade e omissão existente no julgado, bem como realizar o prequestionamento da matéria, nos termos das razões a seguir expostas.

<sup>1</sup> **Art. 535.** *Cabem embargos de declaração quando:*  
*I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;*  
*II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.*

TJSP-2183610 18/04/2017 16:25 2017.01103555-1/73

A-C 08/11



1271  
2/

## I. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cabe destacar que os presentes Embargos de Declaração foram opostos dentro do prazo legal de 5 (cinco) dias, estipulado pelo artigo 536<sup>2</sup> do Código de Processo Civil, sendo tal prazo contado a partir da data de intimação do v. acórdão, conforme o disposto pelo artigo 242<sup>3</sup>, do Código de Processo Civil.

Com efeito, as partes foram intimadas do v. acórdão por meio de decisão disponibilizada no Diário Oficial de 08 de novembro de 2013 (sexta-feira), com publicação em 11 de novembro de 2013 (segunda-feira)<sup>4</sup>. Desta forma, nos termos do artigo 184, § 2<sup>o</sup> do Código de Processo Civil, o cômputo do referido prazo iniciou-se em 12 de novembro de 2013 (terça-feira), encerrando-se somente em 18 de novembro de 2013 (segunda-feira), razão pela qual não há dúvidas quanto a sua tempestividade.

## II. DA SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação Anulatória contra multa aplicada pelo PROCON – SP após processo administrativo nº 1464/2009 originado do Auto de Infração nº 3211 Série D7. O Auto de Infração, que desencadeou o procedimento administrativo para a aplicação de multa, funda-se na existência de supostas infrações decorrentes da veiculação pela Autora de duas campanhas publicitárias, relativas às promoções

<sup>2</sup> **Art. 536.** Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, não estando sujeitos a preparo.

<sup>3</sup> **Art. 242.** O prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.

<sup>4</sup> **Art. 4º** Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...)

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. (Provimento 11.419/06)

<sup>5</sup> **Art. 184.** Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (art. 240 e parágrafo único).



**SIQUEIRA CASTRO**  
ADVOGADOS

comerciais "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!" e "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ".

1272  
3 ✓

Em síntese, a investigação do PROCON – SP dizia respeito às promoções para o sorteio de prêmios oferecidos pela Embargante em razão da participação, por meio do envio do código contido nos produtos NESTLÉ, por mensagem instantânea via celular (SMS).

A primeira promoção, qual seja, "LUZES, CÂMERA, AÇÃO!", estabelecia que a participação no sorteio de prêmios estaria condicionada ao envio por SMS de código fornecido em cupom fiscal emitido após a compra de R\$ 7,00 (sete reais) em produtos da marca Nestlé.

Segundo a Embargada, tratava-se de campanha publicitária abusiva, vez que direcionada ao público infantil, violando, assim, o artigo 37, *caput*, do Código de Autorregulamentação Publicitária do CONAR e o artigo 37, § 2º, da Lei nº 8.078/1990. Além disso, teria a Nestlé infringido o artigo 31 da Lei nº 8.078/1990, em razão da falta de informação adequada, na referida propaganda, quanto ao custo para o envio de mensagem pelo celular.

No tocante à segunda promoção "NESTLÉ TORCE POR VOCÊ", a Embargante teria deixado de informar o custo relativo ao envio de cada mensagem no Relatório Regencial, documento no qual era fornecido o código para participar da promoção, bem como o número para o qual a mensagem deveria ser enviada. Assim, haveria infração ao artigo 31 da Lei nº 8.078/1990.

Findo referido processo administrativo, mesmo a Embargante tendo apresentado recurso, esta foi autuada no valor de R\$ 407.324,45 (quatrocentos e sete mil trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos).

Em síntese em referida ação, a Embargante demonstrou em sua Petição Inicial de forma evidente que o auto de infração deveria ser anulado, vez que as decisões do órgão administrativo foram baseadas em meras manifestações técnicas, que não são vinculantes, e que a publicidade em questão não violou os dispositivos mencionados.



**SIQUEIRA CASTRO**  
ADVOGADOS

1273  
4

Saneado o feito, a Embargante teve seu pleito acolhido por meio de sentença de integral procedência, com a seguinte parte dispositiva:

*“Ante o acima exposto, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou abusividade, sendo de rigor o decreto da procedência do pedido.*

*POSTO ISSO e pelo mais que dos autos consta, julgo **PROCEDENTE** o pedido para anular o auto de infração nº 3211 série D7.*

*Em face da sucumbência experimentada, arcará o réu com o pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas do desembolso, e honorários advocatícios de R\$ 10.000,00, nos termos do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.*

*Após o trânsito em julgado, defiro o levantamento da importância depositada nos autos a favor da autora. P.R.I.”*

Irresignada, a Embargada interpôs o Recurso de Apelação, pleiteando pela reforma da referida sentença, alegando, em síntese, que a Embargante não teria depositado o valor integral da autuação, e que a promoção “Luzes, Câmera, Ação!” promovida pela Embargante violaria o disposto no parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, teria buscado estimular a compra e o consumo em relação a produto destinado a crianças, o que violaria, também, o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, vez que não teria informado de forma ostensiva e adequadamente o custo para envio da mensagem para participação em ambas as campanhas mencionadas anteriormente.

Ao recurso de Apelação interposto pela Embargada foi dado parcial provimento, para afastar a anulação da multa relativa à infração do disposto no artigo 31 da Lei nº. 8.078/90.



**SIQUEIRA CASTRO**  
ADVOGADOS

1274  
5/

Nesses termos, é mister que esta Colenda 5º Câmara de Direito Público pronuncie-se, por ocasião dos presentes Embargos de Declaração presquestionadores, sobre a vulneração do princípio da legalidade (art. 5º, II), da motivação das decisões (art. 93, IX) da Constituição Federal da República, bem como da vulneração do preceituado no **artigo 31 da Lei nº 8.078/90**.

### III. DO OBJETO DOS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E DO SEU CABIMENTO – SANAÇÃO DE OBSCURIDADE E PREQUESTIONAMENTO

Conforme se verifica pela análise do V. acórdão, este E. Tribunal entendeu por bem dar parcial provimento ao recurso de Apelação da Embargada, anulando a multa quanto à infração ao disposto no parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor e mantendo a multa por ofensa ao disposto no artigo 31 da Lei nº 8.078/90, observada a redução de 1/3 por ser o infrator primário.

A obscuridade apresentada reside no fato de que não foi possível compreender a fundamentação do V. Acórdão para a condenação da Embargante no pagamento de multa por violação ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.

Já a omissão encontra-se pautada na falta de análise do contexto probatório carreado aos autos, não se atendendo esta Douta Câmara aos demais meios de veiculação dos valores inerentes à participação nas promoções geridas pela Embargante.

De acordo com as argumentações trazidas no V. Acórdão, em nenhum momento se afirma a ausência de informações com relação ao custo do SMS, tendo este sido devidamente veiculado com a promoção, não só durante a propaganda televisiva, mas também em todo o material promocional eleito para divulgação.

Nobres Julgadores, ao contrário do exposto no V. Acórdão, **em todos os materiais de divulgação da promoção “LUZES, CÂMERA, AÇÃO!” e “NESTLE TORCE POR VOCÊ” constava claramente a informação “Custo SMS: R\$ 0,31 + impostos”.**

1275  
6 /

Portanto, a indicação do custo para envio de SMS (R\$ 0,31) constava: **(i) no regulamento da promoção; (ii) em todos os materiais impressos distribuídos; (iii) nos filmes publicitários veiculados na mídia televisiva; bem como (iv) na página da promoção na Internet.**

Tal conflito de entendimento, que causa obscuridade da decisão, deverá ser sanada, como medida de direito, para correto deslinde do feito.

No caso em tela, cabe ressaltar a obscuridade e omissão no Acórdão proferido, bem como prequestionar, o artigo 31 da Lei nº 8.078/90, que dispõe:

*“Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.*

Ficou amplamente demonstrado nos autos que a indicação do custo para envio de SMS (R\$ 0,31) constava: **(i) no regulamento da promoção; (ii) em todos os materiais impressos distribuídos; (iii) nos filmes publicitários veiculados na mídia televisiva; bem como (iv) na página da promoção na Internet**, conforme é possível, inclusive, ser verificado no documento de fl. 466 dos autos do processo administrativo

Assim, resta evidente que em todos meios utilizados pela Apelada para divulgar a promoção restou consignado o custo da mensagem a ser enviada por celular, juntamente com outras informações relevantes, dentre as quais: *(i) o período de participação; (ii) o número do certificado de autorização emitido pelo órgão público competente; (iii) os produtos participantes da promoção, bem como aqueles que, por determinação legal, estavam excluídos; e (iv) o número de telefone para contato pelos consumidores.*



SIQUEIRA CASTRO  
ADVOGADOS

1276  
7

Ora Nobres Magistrados, tal fato foi inclusive abordado e suscitado pelo Magistrado de primeira instância em sentença, que assim dispôs:

*“Com relação ao SMS e seu respectivo custo para participar da promoção, inexistente qualquer irregularidade posto que houve informação a respeito, **conforme se verifica da análise do documento de fls. 251, no rodapé da página (“CUSTO SMS: R\$ 0,31 + impostos”).**”*

No entanto, quando da análise da ação pelo Egrégio Tribunal Estadual, houve clara omissão quanto ao acervo probatório acostado aos autos pela Embargante, posto que notoriamente se demonstrou a existência de informação ostensiva quanto ao custo do SMS necessário à participação na promoção veiculada, conforme preceitua o art.31 do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que no julgamento da Apelação interposta pela Embargada, este Egrégio Tribunal se ateve tão somente à campanha televisiva contratada pela Embargante, sem se atentar aos demais meios de divulgação das informações.

Excelências, conforme noticiado na Petição Inicial, ainda que não houvesse a extensiva prestação de informações na campanha televisiva, o que se aceita apenas pela argumentação, as informações quanto ao custo do SMS foi amplamente divulgado por vários meios promocionais, além da propaganda veiculada junto às emissoras de TV, fato esse não levado em conta no Acórdão proferido.

Ora Doutos Julgadores, o citado artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor traz a necessidade de informações *corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, quanto à oferta, sem contudo prever que essas informações devem ser prestadas por apenas um meio de comunicação.*

Ressalta-se que em todos os meios publicitários para a divulgação da promoção, as informações essenciais, incluindo o custo do



**SIQUEIRA CASTRO**  
ADVOGADOS

1277  
8

envio de SMS, foram disponibilizadas de forma clara e adequada, no tempo e em tamanho que possibilitasse a plena visualização pelo consumidor.

**Não obstante, certo é que o consumidor, à época, teve acesso a diversos meios de divulgação da promoção para verificar os termos e condições de participação, o que afasta de vez qualquer alegação no sentido de violação ao artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.**

Conclui-se, então, que houve afronta ao dispositivo infraconstitucional acima descrito, posto que todos os requisitos inculpidos foram devidamente cumpridos pela Embargante, havendo omissão e obscuridade no Acórdão proferido, posto que inobservado o conjunto de documentos que acompanharam a Inicial, fazendo prova da ostensiva informação quanto aos detalhes da promoção.

Desse modo, para que se abra a ora Embargante a oportunidade de interpor Recurso Especial e Recurso Extraordinário, se faz necessário que esse E. Tribunal de Justiça se manifeste sobre as questões acima suscitadas, sob pena de verdadeira negação da jurisdição, tornando-se, pois, imperiosa a oposição dos presentes Embargos de Declaração.

Assim, os presentes Embargos de Declaração também procuram prequestionar a matéria constante do V. Acórdão, de modo a cumprir exatamente as exigências do artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor.<sup>6</sup>

Não há que se falar, portanto, em hipotético caráter protelatório no que tange à interposição dos presentes Embargos de Declaração, diante do seu caráter prequestionador (como dispõe a **Súmula 98 do STJ**<sup>7</sup>).

<sup>6</sup> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

<sup>7</sup> SÚMULA 98 - STJ: "Embargos de declaração, manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".





SIQUEIRA CASTRO

ADVOGADOS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL também se posiciona a esse respeito, afastando cabalmente qualquer alegação de caráter protelatório, como se vê:

*“Prequestionamento. Falta. O questionamento exigido é o definido na Súmula 282. Na falta, cabe ao litigante interpor **embargos de declaração, que não poderão ser considerados protelatórios**, se verificada a omissão, visto que expressamente, recomendados, para a hipótese, pela Súmula 356. Agravo regimental desprovido”.*  
(RT 578/281 – grifou-se)

Não restam dúvidas quanto ao cabimento dos presentes Embargos Declaratórios, por apresentarem finalidade prequestionadora à matéria aduzida no V. Acórdão proferido, no esteio de consolidado posicionamento jurisprudencial das Cortes Superiores.

Não é demais também, trazer à colação a lição do professor NELSON NERY JUNIOR, que segue reproduzida:

*“(…) podem ser interpostos Edcl quando a decisão for omissa quanto a ponto ou matéria que deveria ter decidido, ou porque a parte o requereu expressamente, ou porque é matéria de ordem pública que exigia o pronunciamento ex officio do órgão jurisdicional. (...) **EDCL PREQUESTIONADORES NÃO SÃO PROTELATÓRIOS**, descabendo a multa de que trata o CPC 538 par. único”.*

(NERY JUNIOR, NELSON. *Código de Processo Civil Comentado*, Ed. RT, São Paulo, 3ª Ed., 1997, p. 783, nota 15)

Diante do exposto, desde logo a Embargante requer a manifestação expressa dessa Colenda Corte acerca da violação das normas jurídicas e Princípios Constitucionais acima abrangidos

1248  
9



**SIQUEIRA CASTRO**  
ADVOGADOS

1279  
10

## V. DA CONCLUSÃO E DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer a Embargante que os presentes Embargos de Declaração sejam conhecidos e providos, para que sejam sanados a obscuridade e omissão apontados, e também prequestionando-se os artigos supracitados, viabilizando, assim, a interposição de Recursos às Cortes Superiores.

Por fim, requer que todas as intimações judiciais sejam expedidas, **exclusivamente**, sob pena de nulidade<sup>8</sup>, em nome do Dr. **GUSTAVO GONÇALVES GOMES**, inscrito na OAB/SP sob o número **266.894-A**, com escritório na Rua Galvão Bueno, nº 412, 15º andar, São Paulo/SP, CEP 01506-000, anotando-se seus dados na contracapa dos autos.

Termos em que,  
pede deferimento.

São Paulo, 14 de novembro de 2013.

**GUSTAVO GONÇALVES GOMES**  
OAB/SP Nº 266.894-A

**THAIS MATALLO CORDEIRO**  
OAB/SP Nº 247.934

**RAPHAEL CESENA GUTIERREZ**  
OAB/SP Nº 311.419

**JULIANA S. FONSECA**  
OAB/SP Nº 251.173

**JOSÉ FELIPE MACHADO PERRONI**  
OAB/SP Nº 309.969-A

<sup>8</sup> "Advogado. Intimação. Requerimento indicando o nome do advogado que receberá as intimações. Precedentes da Corte. 1. Comprovado que está nos autos expresse requerimento para que as intimações fossem feitas em nome dos subscritores antes da decisão que provocou a extinção do processo, fica evidente a nulidade. 2. Recurso Especial conhecido e provido". (Ac un da 3ª T do STJ – Resp. 586.362/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 05.10.2004 – DJU 21.01.2005 – Ementa Oficial).

(...) INTIMAÇÃO. Quando o advogado substabelecido, ainda que o substabelecimento seja com reservas, requer, em petição escrita, que as intimações sejam feitas em seu nome, o desatendimento dessa vontade assim manifestada implica ofensa ao art. 236, par – 1º do CPC. Recurso Conhecido e Provido". (STJ – RT 702/207 – grifou-se).