

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - SÃO PAULO

DEMAREST
ALMEIDA
advogados

MATTEL DO BRASIL LTDA. ("MATTEL"), devidamente qualificada, por seus advogados e bastante procuradores, nos autos da Ação Anulatória de Ato Administrativo, ajuizada em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON - DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 583, inciso II do Código de Processo Civil, opor Embargos de Declaração em face da r. sentença de fls. 154/155, pelas razões adiante expostas.

A r. sentença embargada, julgou improcedente a ação, por entender válido o Auto de Infração lavrado pelo PROCON e respectivo processo administrativo, e, por consequência, manteve a penalidade lá imposta pelo PROCON.

Ocorre que, com o devido respeito ao julgado proferido por este MM. Juízo, a r. sentença embargada incorreu em omissões, de modo que deverá ser integrada com o acolhimento destes embargos de declaração, conforme será abaixo demonstrado.

A primeira omissão da r. sentença embargada, refere-se à ausência de pronunciamento quanto à discrepância dos motivos deduzidos na decisão que determinou a lavratura do auto de infração com os fatos verificados

São Paulo - Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - TEL.: (11) 3356-1800 - FAX: (11) 3356-1700
Líbbero - Rua Libero Badaró, 425, 5º Andar - 01009-905 - TEL.: (11) 3356-1800 - FAX: (11) 3356-1700
Campinas - Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º Andar 13091-611 - TEL.: (19) 3123-4300 - FAX: (19) 3123-4302
Brasília - Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 - TEL.: (61) 3243-1150 - FAX: (61) 3243-1150
Rio de Janeiro - Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar - Sala 601 - 20090-003 - TEL.: (21) 3723-9800 - FAX: (21) 3723-9822

www.demarest.com.br

Na realidade, os fundamentos expostos pela Mattel na exordial, para demonstrar a esse MM. Juízo as razões pelas quais a decisão administrativa é nula, não residem na ausência de indicação das infrações verificadas no auto de infração e sim, a discrepância dos dispositivos legais invocados para fundamentar o auto de infração com a realidade dos fatos, baseando-se o pleito, inclusive, na aplicação da teoria dos motivos determinantes à hipótese.

Conforme se vê da sentença embargada,

"pelo que e no caso, indicados no auto impugnado os dispositivos legais infringidos e o fato que caracterizou os desvios, determinando, consequentemente, a realização da autuação, não há que se falar em defesa em decorrência da ausência dessa motivação. Veja-se que tanto reconheceu a autora da ausência de vício na prática administrativa que, no curso do procedimento, sendo à autora assegurado os direitos ao contraditório e à ampla defesa, instaurando-se regular processo administrativo, tendo aí a autora ofertado defesa, que foi improvida, pelo que nenhuma ilegalidade ou nulidade no âmbito administrativo, que observou o princípio constitucional do devido processo legal."

A sentença foi omissa, ao deixar de analisar a discrepância entre os motivos que determinaram a lavratura do Auto de Infração e a realidade deduzida pela Mattel na inicial. Ou, em outras palavras, a sentença não analisou a validade dos motivos à luz do quanto deduzido pela Mattel. Ressalte-se que a mera fundamentação do auto de infração não gera a legalidade de sua lavratura, dado que é necessário que os motivos expostos no ato administrativo sejam válidos e condizente com a realidade fática.

Para que fossem verificadas às hipóteses legais mencionadas no auto de infração com a realidade dos fatos, a r. sentença embargada deveria verificar os pontos expostos pela Mattel que demonstram a irregularidade da lavratura do auto de infração.

Isso porque, uma vez que não havia qualquer infração às normas consumeristas não haveria motivação para lavratura do auto de infração. Para realizar referida verificação, a r. sentença embargada deveria ter verificado e realizado expresso pronunciamento a respeito sobre os seguintes pontos:

- i. a embalagem da Casa da Barbie contém todas as informações determinadas pelo artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, inexistindo qualquer elemento capaz

- de induzir o consumidor a erro ou falsa percepção sobre o produto;
- ii. a Boneca Little Mommy, emite, de fato, mais que 80 (oitenta) frases, especialmente se for considerado qual é o conceito e significado de "frase" e que o vocabulário da boneca é compatível com um bebê, tendo em vista o propósito do brinquedo, que é imitar uma criança de colo;
- iii. inexistente abusividade no comercial televisivo do Max Steel, na medida em que (i) há anúncio **falado e escrito** sobre o fato de que os brinquedos são movimentados por computador e, principalmente, (ii) não há qualquer indício de nocividade na publicidade, de sorte que, por consequência, não há publicidade abusiva à luz do artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Como se trata de elemento de perfeição atribuído ao ato administrativo, é indispensável que o motivo apresentado seja válido. Em outras palavras, a situação de fato ou de direito apontada como justificadora da realização do ato necessariamente deve existir e guardar correspondência com a realidade para legitimar a prática do ato.

Deixando de exarar expresso pronunciamento acerca da discrepância entre os motivos que determinaram a lavratura do auto de infração com as premissas fáticas analisadas, a r. sentença embargada incorreu em omissão que deverá ser sanada para fins de integração do julgado.

A segunda omissão consagrada pela sentença embargada, diz respeito à ilegal descon sideração do Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel nos autos do processo administrativo.

A r. sentença embargada limitou-se a inferir que as multa imposta teria obedecido as normas previstas sobre aplicação da penalidade:

"No tocante à alegação de vício no valor da sanção pecuniária imposta, também sem razão a autora, não havendo nenhum reparo a ser feito, visto que a atividade administrativa pautou-se nos critérios legais válidos e vigentes, observado que foi a regra do art. 56, do Código de Defesa do Consumidor, que reza que "As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das

definidas em normas específicas. I multa; (...)", sendo que o art.57, do mesmo "codex", por sua vez, dispõe que "A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha substituir qualquer regulamentação, não se tem por violado o princípio norteador que traz o art.57, "caput", do CDC, observado que foi os parâmetros para a fixação do valor da multa, quais sejam, gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor. Dai e como observados os parâmetros e respeitados os patamares mínimo e máximo, a dosimetria da multa é feita de forma individual e levando-se em conta critérios de conveniência e oportunidade, decorrente de aplicação do poder de polícia e do poder discricionário conferidos à Fundação ré. Lembre-se que apesar de ter estipulado parâmetros que influenciam na graduação da pena de multa, a análise destes fatores, no caso concreto, deve ser efetivada pelo administrador, ou seja, a avaliação da gravidade da infração, da vantagem auferida e da condição econômica do infrator depende exclusivamente de uma política adotada pelo órgão de defesa do consumidor, não podendo o Poder Judiciário substituir-se neste juízo valorativo discricionário da Administração Pública."

Conforme exposto na exordial, o PROCON desconsiderou o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel pelo fato de que o documento não foi acompanhado da respectiva publicação. O fundamento para a ilegal desconsideração seria o artigo 32, § 1º da Portaria nº 26/06, com nova redação dada pela Portaria 33/09.

No entanto, deixou de pronunciar a r. sentença embargada que a Legislação Pátria não prevê a necessidade de publicação das demonstrações contábeis e financeiras das sociedades limitadas, de modo que tal exigência é somente aplicável às sociedades anônimas constituídas sob os auspícios da Lei nº 6.404/76.

Ademais, conforme exposto exordial, a disposição da Portaria nº 26/06, renovada pela Portaria nº 33/09 não subsiste porque representa evidente ofensa ao princípio da legalidade estrita, na medida em que cria obrigação não prevista em Lei. Sobre este item, a r. sentença embargada igualmente deixou de exarar expresso pronunciamento.

São Paulo • Av. Pedroso de Moraes, 1201 - Centro Cultural Ohtake - 05419-001 - TEL.: (11) 3356-1800 - FAX: (11) 3356-1700
 Libero • Rua Líbero Badaró, 425, 5º Andar - 01009-905 - TEL.: (11) 3356-1800 - FAX: (11) 3356-1700
 Campinas • Av. Dr. José Bonifácio Coutinho Nogueira, 150, 4º Andar 13091-611 - TEL.: (19) 3123-4300 - FAX: (19) 3123-4302
 Brasília • Edifício General Alencastro SEPS EQ, 702/902, 4º Andar Bloco B Asa Sul - 70390-025 - TEL.: (61) 3243-1150 - FAX: (61) 3243-1153
 Rio de Janeiro • Av. Rio Branco, 1 - 6º Andar - Sala 601 - 20090-003 - TEL.: (21) 3723-9800 - FAX: (21) 3723-9822

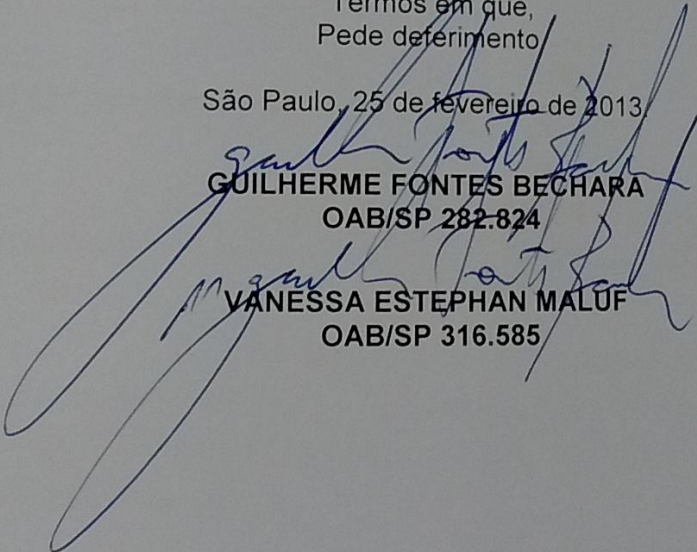
Assim, a r. sentença deixou de exarar entendimento sobre o fato de que a Portaria expedida pelo Procon não pode servir de fundamento para a desconsideração do Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel, tendo em vista a ilegalidade de exigência de publicação de demonstrações financeiras de sociedades limitadas.

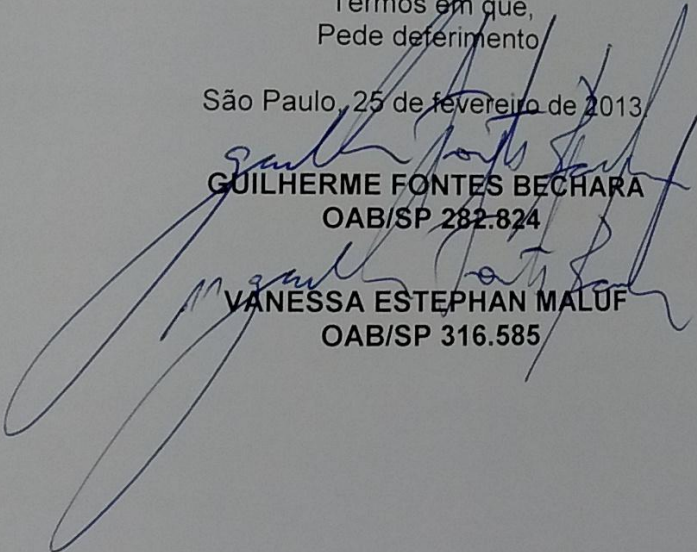
Portanto, a r. sentença deverá realizar pronunciamento sobre a ilegalidade na conduta do Procon em desconsiderar o Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel, o que, implicará, igualmente, em eventual redução da multa imposta.

Por tudo o quanto exposto, requer sejam sanadas as omissões acima indicadas, relativas à discrepância entre os fundamentos legais indicados no auto de infração com a realidade dos fatos apresentados na exordial, bem como sobre a ilegalidade da desconsideração do Demonstrativo de Resultado de Exercício apresentado pela Mattel nos autos do processo administrativo, integrando-se a r. sentença embargada, sem, contudo, que se pretenda conferir caráter infringente a estes Embargos de Declaração.

Termos em que,
 Pede deferimento

São Paulo, 25 de fevereiro de 2013.


GUILHERME FONTES BECHARA
 OAB/SP 282.824


VANESSA ESTEPHAN MALUF
 OAB/SP 316.585