

**DANNEMANN
SIEMSEN**

ADVOGADOS

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO FORO
CENTRAL DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Processo nº 1015328-03.2014.8.26.0053

**ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES
EIRELI**, devidamente qualificada nos autos da ação anulatória, que, perante esse MM.
Juízo, move em face de **PROCON/SP – FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR**, tendo tomado conhecimento da r. sentença publicada no DJe do dia
15/08/2018, vem, tempestivamente, por sua advogada abaixo assinada, com fulcro no
artigo 1022, incisos I e II do Código de Processo Civil, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

pelas razões de fato e de direito expostas a seguir.

I – TEMPESTIVIDADE

1. Tendo em vista que a r. sentença de fls. 1355/1368 foi publicada do DJe do dia 15/08/2018 (quarta-feira), esgota-se em 22/08/2018 (quarta-feira) o prazo para oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.023 do CPC. Desta forma, são inequivocamente tempestivos os embargos de declaração opostos nesta data.

II – OMISSÕES E OBSCURIDADES PRESENTES NA R. SENTENÇA EMBARGADA

2. Em que pese todo o respeito da Embargante por esse MM. Juízo, a r. sentença ora embargada apresenta obscuridade e omissões que merecem ser sanadas, a fim de que seja respeitado o devido processo legal e preservado o direito de defesa da Embargante, conforme exposto a seguir.

II.a) Obscuridade nas informações prestadas no relatório da r. sentença. Prolação de sentença antes da realização das provas requeridas e ausência de intimação das partes para ciência quanto ao encerramento de fase instrutória.

3. Como pode ser observado pela leitura da r. sentença embargada, esse MM. Juízo indicou no relatório que foi determinada a produção de prova pericial e, após a ausência de resposta da perita nomeada, a Embargante foi intimada para informar quais outras provas pretendia produzir. Na sequência, indica o relatório, que a Embargante teria peticionado informando ter interesse na realização de prova pericial pedagógica, que foi deferida:

O Juízo determinou a produção de prova pericial (fls. 1184/1185). Entretanto, a perita judicial não logrou contato, ensejando sua destituição. O Juízo indagou a parte autora sobre quais outras provas pretendia produzir (fls. 1269). A parte autora apontou que possui interesse na produção de prova pericial pedagógica (fls. 1271/1272). O Juízo, mais uma vez, determinou a produção de prova pericial (fls. 1273).

4. Contudo, a sentença apresenta obscuridade que merece ser sanada, na medida em que, *permissa venia*, o relatório não reflete os fatos ocorridos nos autos no que tange às provas requeridas e o desenrolar da fase de instrução, conforme demonstrado a seguir.

5. Às fls. 1023/1025 a Embargante peticionou aos autos requerendo a produção de (i) **prova pericial pedagógica e educacional**, com escopo de demonstrar adequação e contribuição dos brindes oferecidos para o desenvolvimento intelectual das crianças; (ii) **prova pericial nutricional**, a fim de confirmar a qualidade nutricional dos alimentos que compõem o Kit Habib's; (iii) prova testemunhal; e (iv) prova documental suplementar.
6. Diante de tais pedidos de provas, este MM. Juízo, às fls. 1269, **intimou a Embargante para informar qual perícia pretendia PRODUZIR PRIMEIRO**, *in verbis*:

No mais, considerando-se que a perita não respondeu às intimações do juízo (fls. 1184/1185), destituiu a psicóloga Sandra Maria Cavalcanti. Em cinco dias, informe a autora, ALSARAIVA COMÉRCIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES EIRELI, qual a perícia pretende produzir primeiro, considerando-se sua manifestação de fls. 1023/1025, bem como qual a área de especialização do perito que entende apto a produção satisfatória dos trabalhos.

Após, conclusos.
Int.

7. Em resposta à referida intimação, a Embargante peticionou às fls. 1271/1272 requerendo “**que o início da fase pericial se dê com a produção de prova pericial pedagógica e educacional**”, senão vejamos:

Em razão da relevância e do impacto direto na resolução da presente ação, requer-se que o início da fase pericial se dê com a produção de **prova pericial pedagógica e**

Rua Marquês de Olinda, 70 / Parte 22251-040 RIO DE JANEIRO RJ Tel. 21 2237 8700 Fax 21 2237 8922
Av. Indianópolis, 757 04063-000 SÃO PAULO SP Tel. 11 2155 9500 Fax 11 5549 2300
SCS, Quadra 1, Bloco H, nº 30, 3º andar - Asa Sul - Edifício Morro Vermelho 70399-900 BRASÍLIA DF Tel. 61 3433 6694 Fax 61 3433 6695

ws/ 1

fls. 1272

DANNEMANN
SIEMSEN
ADVOGADOS

educacional, a qual tem como escopo demonstrar a adequação e contribuição dos brindes oferecidos pela Autora para o desenvolvimento intelectual das crianças por meio da leitura de livros didaticamente adequados e a interação positiva das crianças e os pais entre os livros e os bonecos interativos com o processo de leitura.

MARTINS CLEMENCIO DI
abrirConferenciaDocumento
Este documento é cópia do
Para conferir o original, aces
Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por IGOR MANZAN, protocolado em 22/08/2018 às 18:08, sob o número WFFPA18703228622
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1015328-03.2014.8.26.0053 e código 4D2CF07.

8. Portanto, observa-se dos autos que (i) foi requerida a realização de duas perícias, uma com conteúdo pedagógico e outra com conteúdo nutricional; (ii) esse MM. Juízo intimou a Embargante para informar qual perícia pretendia produzir primeiro, indicando que ambas seriam realizadas durante a fase instrutória; (iii) a Embargante peticionou apontando, claramente, que pretendida iniciar a prova pericial com a perícia pedagógica.
9. Desta forma, renovada venia, verifica-se que a r. sentença apresenta obscuridade, na medida em que relatou a fase de instrução probatória em desacordo com a realidade dos fatos.
10. Vale destacar que em razão da obscuridade demonstrada acima, não foi produzida a prova pericial nutricional requerida pela ora Embargada, o que configura flagrante cerceamento do seu direito de defesa.
11. Vale destacar que a prova pericial nutricional demonstra-se de fundamental relevância para resolução da lide, até porque o fundamento principal apresentado na r. sentença para a manutenção da multa aplicada pelo Embargado, bem como o próprio fundamento do auto de infração que se pretende a anulação, é a relação entre a campanha publicitária e o incentivo à ingestão de alimentos teoricamente não saudáveis.
12. Importante ressaltar, ainda, que mesmo que este MM. Juízo entendesse como desnecessária a produção da referida prova, deveria ter intimado as partes sobre o encerramento da fase de instrução probatória, a fim de evitar a prolação de decisão surpresa, nos termos do art. 10 do CPC.
13. Não há dúvida de que as decisões proferidas por esse MM. Juízo *a quo* criaram a real expectativa nas partes de que as duas perícias seriam realizadas, razão pela qual a prolação de sentença diretamente ao final da realização da primeira perícia, sem sequer ter intimado as partes do encerramento da fase instrutória e sem intimá-las para

apresentar alegações finais, configura decisão surpresa que é vedada pelo nosso ordenamento jurídico.

14. Dessa forma, requer seja sanado o vício da obscuridade, para que seja devidamente relatado os fatos ocorridos nos autos com relação à produção de provas.

II.b) Inclusão de fundamentos estranhos à lide – Omissão quanto aos argumentos apresentados na inicial para redução da multa

15. Ao analisar as razões que justificariam a impossibilidade de reduzir a multa aplicada pelo Embargado, este MM. Juízo aduziu que a Embargante teria suscitado (i) a ilegalidade da Portaria 26/06 do PROCON e (ii) a ilegalidade da base de cálculo, conforme se infere dos trechos abaixo destacados:

Também não há que se falar de ilegalidade da Portaria 26/06 do PROCON-SP. Esta disposição normativa de referido ente público apenas regula a aplicação de sanções, inclusive da fórmula de cálculo das penalidades, como a multa administrativa, não tendo criado novas modalidades de infrações. Logo, não viola o art. 6º e incisos da Lei nº 10.177/98.

De igual sorte resta a alegação de que a base de cálculo da multa é ilegal, estando ausente qualquer irregularidade. A autora afirma que deve ser utilizada a receita bruta Estadual, não a Nacional, uma vez que a competência do PROCON-SP é restrita ao Estado de São Paulo. Contudo, esta afirmação não merece prosperar pois foi atuada a pessoa jurídica da autora, não mera filial. Caso assim não fosse, seria muito fácil aos fornecedores de serviço, principalmente os de grande porte, mitigar os valores das multas aplicadas, pois a pena-base sobre a receita de uma única unidade da federação seria obviamente muito inferior à de todo o território nacional. Desta forma, com multas de valor muito inferior, o propósito das penalidades aplicadas pelo CDC seria perdido, visto que o legislador procurou coibir práticas abusivas por meio de fortes punições, a fim de que elas não sejam repetidas.

16. Ocorre que tais argumentos nunca foram suscitados pela Embargante, quer seja em sua inicial ou nas manifestações subsequentes, o que torna a sentença obscura também em relação a esses pontos.

17. Necessário ressaltar que apesar de rebater fundamentos nunca apresentado pela Embargante, a r. sentença não enfrentou os argumentos trazidos na petição inicial, consubstanciados na violação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

18. Dessa forma, além de obscuridade por mencionar fundamentos estranhos à lide, há omissão na r. sentença ao que tange aos fundamentos efetivamente arguidos pela Embargante para requerer a redução da multa.
19. Cabe ser destacar que em recente decisão acerca de multa aplicada pelo PROCON com relação à uma outra publicidade veiculada pela Embargante, o E. Tribunal de Justiça entendeu por bem reduzir o valor da multa aplicada, sendo incontroversa a possibilidade da redução da multa quando não respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, senão vejamos:

“Anulatória – Multa – PROCON - Omissão na propaganda veiculada pela internet, o que caracterizaria publicidade enganosa, nos termos do art. 37 do CDC - Desrespeito à legislação consumerista verificado - Incidência do art. 57, parágrafo único, do mesmo diploma legal – **Em julgamento estendido, nos termos do art.942 do C.P.C. mantiveram o auto de infração, mas reduziram o valor da multa para R\$80.000,00 - Sentença reformada – Recurso parcialmente provido.**” (Recurso de Apelação nº 1026436-29.2014.8.26.0053 – Des. Rel. Marrey Unt – 3ª Câmara de Direito Público do TJSP – Julgado em 30/01/2018)

20. Desta feita, a r. sentença também apresenta obscuridade e omissão em relação ao pedido de redução do valor da multa aplicada, sendo necessário sanar os vícios apontados para que seja entregue às partes a prestação jurisdicional na sua exata medida.

III - PEDIDOS

Por todo o exposto, restando devidamente caracterizadas as omissões e obscuridades, com fulcro no art. 1022, incisos I e II do Código de Processo Civil, espera e confia a Embargante que este MM. Juízo irá acolher os Embargos de Declaração ora opostos a fim de sanar os vícios apontados na r. sentença para (i) corrigir as informações contidas no relatório com relação a produção de provas; (ii) retirar as fundamentações não pertinentes à causa e (iii) enfrentar a questão relativa à violação dos princípios da

**DANNEMANN
SIEMSEN**

ADVOGADOS

proporcionalidade e razoabilidade da multa aplicada nos termos arguidos pela Embargante na sua inicial.

Nestes termos.
Pede deferimento.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

Adriana Vela Gonzales
OAB/SP 287.361

Igor Manzan
OAB/SP 402.131