



Julian Fonseca Peña Chediak
José Andrés Lopes da Costa
Luiz Claudio Salles Cristofaro
Carlos Eduardo Menezes Côrtes
Marília dos Santos Dias Rennó
Alexandre Santos de Aragão
Carlos Eduardo da Costa Pires Steiner
Rafael Mendes Gomes
Vladimir Mucury Cardoso
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
Pedro Henrique Schmidt de Arruda
Caio Machado Filho
Lidice Marques da Silva Xavier
Julio Maia Vidal
Flavio Alfred Ramacchitti
Karim Ozon Raad

Rodrigo F. Vesterman Alcalde
Ana Claudia de Povina C. Norberto
Alexandre Herlin
Daniel Vio
Léo Bosco Griggi Pedrosa
Carlos Affonso Pereira de Souza
Carolina Barros Fidalgo
Ticiania Valdetaro Bianchi Ayala
Juliana T. Mizumoto Akaishi
Monica Maria Mendes Tavares Bussiere
Frederico Garcia Diniz
Vicente Rosenfeld
Maira Bendin Calzavara
Vitor André Lopes da Costa Cruz
Carolina Canal Gonçalves
Michelle Pimenta Perfini

Breno Casluch
Ana Luiza Massena Ferreira
Violeta Luiza Mendes Libergott
Gabriel Cozende Pereira Silva
Rafaela Gentil Gevasard
Fernanda Akiko Mitsuya
Rafaela Coutinho Canetti
Luiz Felipe G. Cordeiro
Anna Carolina Morizot Tourinho
Rafael Alencar Jordão
Joana Ribeiro da Costa
Lilian Renata Aguiar dos Anjos
Thales Mahatman Monteiro de Melo
Sabrina Machado
Marjorie Gressler Afonso

Amanda Castelh Branco
Ana Carolina Devito D. Zanetti
Victor de Castro Brum Reis
Bárbara Mengai Accioli
Thaynara Oliveira Lapo
Rafael Passos de Oliveira
Jessica Ries
Cristina Carvalho Sumar
Daniel Bento Duarte
Leonardo Alberto Souza e Silva
Naiara Miranda Candido
Flora Lisboa Ferreira

Consultores:
Pedro Paulo Cristofaro
José Botafogo Gonçalves
Clayton Salles Rennó

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ref.: ação ordinária nº 1043711-20.2016.8.26.0053

A **MONDELÊZ BRASIL LTDA.** (“**MONDELÊZ BRASIL**”), nova denominação de Kraft Foods Brasil Ltda., com sede na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, na Avenida Presidente Kennedy, nº 2.511, CEP 80610-010, inscrita no CNPJ sob o nº 33.033.028/0001-84, com endereço eletrônico corporate.brasil@mdlz.com, vem, nos termos dos artigos 1.015 e ss. da Lei nº 13.105/2.015, interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE URGENTE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL

em face da decisão de folhas 745-747, integrada pela decisão de fl. 760, ambas nos autos da **ação ordinária nº 1043711-20.2016.8.26.0053**, movida em face da **Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (“PROCON-SP”)**, que concederam pedido de tutela de urgência requerido pela Autora, ora Agravante, para suspensão da exigibilidade de crédito não tributário, mas condicionaram a eficácia da tutela de urgência ao oferecimento de caução em dinheiro, sem aceitar o seguro garantia oferecido e já contratado.

Em vista do § 5º do art. 1.017 do Código de Processo Civil, a Agravante informa que são eletrônicos os autos da ação ordinária a que se refere este agravo de instrumento, portanto deixa de instruir esta petição com os documentos relacionados nos incisos I e II do *caput* do mesmo art. 1.017. Desses documentos, os existentes se encontram nestas fls. do processo originário:

- Petição inicial, que ensejou a primeira decisão agravada: fls. 1-42;
- Embargos de declaração, que ensejaram a segunda decisão agravada: fls. 752-756;
- Primeira decisão agravada: fls. 745-747;
- Segunda decisão agravada: fl. 760;
- Certidão de publicação da primeira decisão agravada: fls. 749-750;
- Certidão de publicação da segunda decisão agravada: fl. 761; e
- Procuração outorgada aos advogados da Agravante: fls. 48-69.

Termos em que
pede deferimento.

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES STEINER
OAB/SP nº 139.138

MARÍLIA DOS SANTOS DIAS RENNÓ
OAB/SP nº 332.066

CAROLINA BARROS FIDALGO
OAB/SP nº 340.928

GABRIEL COZENDEY PEREIRA SILVA
OAB/SP nº 336.176

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Vara de origem: 5ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo.

Processo originário nº: 1043711-20.2016.8.26.0053.

Agravante: Mondelêz Brasil Ltda. (“Mondelêz Brasil”).

Agravada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (“PROCON-SP”).

RAZÕES DA AGRAVANTE

MONDELÊZ BRASIL LTDA.

.I.

FATOS E DECISÕES AGRAVADAS

1. Interpõe-se este agravo de instrumento contra a decisão de folhas 745-747, integrada pela decisão de fl. 760, ambas nos autos do processo originário, que concederam pedido de tutela de urgência requerido pela Autora, ora Agravante, para suspensão da exigibilidade de crédito não tributário mediante, mas condicionaram a eficácia da tutela de urgência ao oferecimento de caução em dinheiro, recusando o seguro garantia oferecido e que já foi contratado.

2. O processo originário trata de ação ordinária em que a Agravante pleiteia nulidade formal e material do processo administrativo nº 0236/12-AI (doc. 3 dos autos principais, fls. 70 e ss.), instaurado pela Ré, ora Agravada, com fundamento no Auto de Infração nº 01920-D8, lavrado em virtude de suposta violação ao art. 37, § 2º, da Lei nº 8078/1990, implicando cominação de multa no valor de R\$458.240,00 (quatrocentos e cinquenta e oito mil e duzentos e quarenta reais), porque se teria realizado publicidade abusiva, destinada ao público infantil, da marca de gelatina Royal.

3. Além dos pedidos principais, a Agravante pediu concessão da tutela de urgência, para que fosse suspensa a exigibilidade da multa cominada pela Agravada nos autos do processo administrativo referido, até a prolação de decisão definitiva nos autos

do processo originário (fl. 41), e ofereceu **caução integral** ao MM. Juízo *a quo* na forma de **seguro garantia** (doc. 10 dos autos principais, fls. 734-743).

4. A primeira decisão agravada concedeu a tutela de urgência, entendendo ser "*de rigor a concessão parcial da suspensão do débito, condicionando a eficácia da decisão à caução em dinheiro*" (fl. 745 dos autos principais).

5. No entanto, a exigência de caução em dinheiro decorreu de aplicação de condição para suspensão de créditos tributários a crédito não tributário, o que se afigurou, no mínimo, contraditório.

6. De fato, a referida decisão se fundamentou em que, "*diante aplicação analógica do entendimento massificado no sentido da possibilidade da suspensão do débito, mediante caução, faculto à autora o gozo do benefício **tributário***" (fl. 746 dos autos principais).

7. Em seguida, consignou que, "*na esteira do entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, a **caução em dinheiro** no valor do montante exigido é condição para a eficácia da decisão interlocutória que determina a suspensão da exigibilidade do **tributo** impugnado (...)*" (fl. 746 dos autos principais).

8. Vale destacar, ainda, que a primeira decisão agravada deixou de estabelecer prazo para que a Agravante eventualmente substituísse o seguro garantia desde logo oferecido na petição inicial, por caução em dinheiro, o que criou insegurança acerca da eficácia da tutela de urgência, por causa da possível demora em se mobilizar a vultosa quantia cuja exigibilidade é discutida nos autos do processo originário.

9. Sendo assim, a Agravante opôs embargos de declaração, buscando o saneamento da contradição e da omissão apontadas, especialmente para evidenciar o equívoco na rejeição do seguro garantia ou, subsidiariamente, para que fosse estabelecido prazo razoável para substituição da caução, de modo a tornar segura, em qualquer caso, a eficácia da tutela de urgência concedida.

10. Apesar disso, a decisão dos embargos não se manifestou sequer acerca do prazo para substituição da caução. O MM. Juízo *a quo* consignou o seguinte:

“Sem embargo da opinião dos embargantes, não entendo que a decisão guerreada mereça qualquer reparo, especialmente porque se verifica nas razões mero inconformismo. Os critérios para a suspensão da exigibilidade do débito administrativo foram explicitados de maneira clara e os embargos de declaração em nada alteram o entendimento desse Juízo. Nestes termos, diante da ausência de pressupostos de admissibilidade, DEIXO DE CONHECER os embargos de declaração” (fl. 760 dos autos principais).

11. Em face dessas decisões, a Agravante não teve alternativa senão interpor este agravo de instrumento, a fim de demonstrar que as decisões agravadas se equivocaram ao não aceitarem caução na forma de **seguro garantia**, em contrariedade à jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e ao não concederem prazo razoável para eventual substituição de caução por dinheiro.

.II.

DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO EM DINHEIRO PARA SUSPENSÃO DE CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS

12. Conforme referido, este caso trata de crédito não tributário, relacionado à imposição de multa administrativa pela Agravada à Agravante, em virtude de suposta realização de publicidade abusiva. O MM. Juízo *a quo*, no entanto, aplicou critério de suspensão de créditos tributários a crédito não tributário, quando exigiu oferecimento de caução exclusivamente em dinheiro como condição para deferimento da tutela de urgência.

13. **Ocorre, no entanto, que existem diversos precedentes do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que a suspensão de crédito não tributário, diferentemente da hipótese de suspensão de crédito tributário, não exige caução mediante depósito em dinheiro, cabendo, inclusive, o oferecimento de seguro-garantia:**

*“Agravo de instrumento - ação ordinária - **multa Procon - Decisão que indeferiu liminar - Oferecimento de carta fiança bancária ou seguro garantia judicial para garantir o juízo - Hipóteses que equivalem ao depósito integral do débito - Devida a suspensão da***

exigibilidade do crédito - Tutela antecipada concedida - Decisão reformada Recurso provido¹.

“AÇÃO ANULATÓRIA - Multa aplicada pelo PROCON - Juízo ‘a quo’ que indeferiu o oferecimento de fiança bancária como garantia do importe devido, determinando o depósito do valor integral em juízo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II, do CTN - Decisório que não merece subsistir - Débito em causa que não tem natureza tributária, razão pela qual não tem lugar, aqui, a aplicação do CTN, bem como da Súmula 112 do STJ - Art. 9º, II, da Lei nº 6.830/80 que, outrossim, admite expressamente a fiança bancária como garantia da execução fiscal, prevendo ainda o art. 15, I, da mesma Lei, que o executado poderá substituir a penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária em qualquer fase do processo - Carta de fiança apresentada pela ora agravante, emitida por instituição bancária sólida, que, destarte, representa garantia idônea e eficaz, devendo ser aceita em substituição ao depósito em dinheiro, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito em tela - Agravo provido².

“Tutela Antecipada não concedida em ação anulatória de ato administrativo. Inadmissibilidade. Multa aplicada pelo PROCON. Presença do ‘periculum in mora’, em virtude do seu elevado valor. Reversibilidade da decisão quando do julgamento do mérito da demanda. Ausência de prejuízo imediato à parte contrária, que poderá perfeitamente inscrever a multa não paga na dívida ativa e posteriormente executá-la, caso a ação venha a ser julgada improcedente. II - Nos termos do que dispõe o artigo II da Lei 6.830/80, o oferecimento de fiança bancária é equivalente à oferta de dinheiro, primeiro na ordem de preferência. Precedentes desta Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça. O dinheiro e a fiança bancária têm o mesmo status para efeito de penhora - artigo 15, inciso I, da LEF. Assim, não há que se falar em recusa da oferta de garantia feita pela agravante. III - Recurso provido para suspender a exigibilidade da multa imposta, até o julgamento de mérito da ação principal³.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Anulatória - Multa aplicada pelo PROCON - Exigência de depósito em dinheiro para suspensão da exigibilidade do crédito - Oferecimento de fiança bancária - Idoneidade e admissibilidade do instrumento como garantia do executivo fiscal - Lei nº 6.830/80, arts. 9º, II, 15, I e 16 - Débito não

¹ AI nº 0006682-88.2011.8.26.0000; Relator(a): Venício Salles; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/05/2011; Data de registro: 25/05/2011.

² AI nº 0447845-17.2010.8.26.0000, Relator(a): Paulo Dimas Mascaretti; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/12/2010; Data de registro: 13/12/2010.

³ AI nº 0113520- 89.2010.8.26.0000, Relator(a): Guerrieri Rezende; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/07/2010; Data de registro: 30/07/2010.

tributário - Inaplicável a Súmula 112 do STJ - Inexistência de ofensa ao art. 151, VI, do CTN - Decisão reformada – Recurso provido⁴.

“MULTA - PROCON - SUSPENSÃO - EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO EM DINHEIRO - INSUBSISTÊNCIA - OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA -POSSIBILIDADE - AGRAVO PROVIDO. ‘Não há amparo legal para a exigência de garantia consistente em depósito bancário para a suspensão da exigibilidade de multa aplicada pelo Procon, pois não se cuida de débito tributário, inaplicável a Súmula nº 112 do Superior Tribunal de Justiça; deve-se considerar, ainda, que o art. 151, V, do CTN, não faz nenhuma determinação nesse sentido, razão pela qual admite-se a caução mediante fiança bancária”⁵.

“Agravo de Instrumento – Ação anulatória de autuações por infrações a rodízio municipal de São Paulo – Magistrado de primeiro grau que indefere a liminar – Recurso da autora – Provimento de rigor – Elementos reveladores da presença dos requisitos legais para a concessão da liminar – A par da verossimilhança (legislação com indicação clara de circunstância de isenção), adita-se o perigo de dano irreparável assente na inviabilização das habituais atividades e prestação de serviço público relevante de coleta de lixo – **É inexigível o depósito integral do montante do débito para suspensão da exigibilidade de dívida não tributária, pois a ela não se aplica o art. 151 do CTN – Decisão reformada – Recurso provido. (...) **No tocante à caução, pacífica jurisprudência desta Corte bandeirante reconhece a inaplicabilidade do art. 151 do CTN às multas que não possuem natureza tributária. (...) Portanto, no caso em tela, em que a dívida tem natureza de multa administrativa, decorrente do exercício de poder de polícia de trânsito, inaplicável o art. 151 do CTN, como pretende a agravante. Desta maneira, afasta-se para o caso em tela a jurisprudência consolidada no sentido da indispensabilidade do depósito em dinheiro do montante integral do débito tributário para suspensão de inscrição em cadastro de inadimplentes, para permitir, em interpretação mais flexível, que a oferta de garantia idônea e suficiente, em caso de cobrança de multa administrativa, suspenda o registro no Cadin, de alta lesividade**”**⁶.

⁴ AI nº 0113757-94.2008.8.26.0000; Relator(a): Osvaldo de Oliveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/10/2008; Data de registro: 28/10/2008; Outros números: 8192705600.

⁵ AI nº 0143501-71.2007.8.26.0000; Relator(a): Thales do Amaral; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 21/02/2008; Data de registro: 13/03/2008; Outros números: 7168545000.

⁶ AI nº 2015785-46.2015.8.26.0000; Relator(a): Sidney Romano dos Reis; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/07/2015; Data de registro: 28/07/2015.

14. Portanto os fundamentos das decisões agravadas não se justificam. A aplicação a crédito não tributário de condição para suspensão de crédito tributário, ou seja, a exigência de caução em dinheiro nessa hipótese, é rechaçada pela jurisprudência do E. TJSP, de modo que a caução oferecida pela Agravante nos autos do processo originário é idônea a justificar a suspensão do débito em discussão.

15. **Desse modo, este agravo de instrumento merece ser conhecido e provido, para que seja reconhecida a suficiência do seguro garantia na condição de caução idônea a justificar a suspensão do referido débito, reformando-se as decisões agravadas quanto à exigência de depósito em dinheiro.**

.III.

REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL

16. A “fumaça do bom direito”, ou, nos termos do novo CPC, a “*probabilidade do direito*”, se encontra demonstrada neste agravo de instrumento e nos embargos de declaração de fls. 752-756 dos autos principais, porque neles se evidenciou que a possibilidade de oferecimento de seguro garantia para suspensão de crédito não tributário é plenamente acolhida pela jurisprudência do E. TJSP.

17. O *periculum in mora*, ou “*perigo de dano*” no novo CPC, decorre de que **a sanção de multa decorrente do processo administrativo em questão venceu em 26 de maio de 2016** (doc. 8 dos autos principais, fl. 730), **já havendo o débito sido inscrito em dívida ativa** (doc. 3 dos autos principais, fls. 667-670, e doc. 9 dos autos principais, fls. 731-733).

18. A concessão da tutela de urgência, nessas circunstâncias, serve para viabilizar a possibilidade de a Agravante obter expedição de certidão negativa de débitos, ou de certidão positiva com efeitos de negativa, evitando, desse modo, as nocivas consequências de inscrição no cadastro estadual de inadimplentes, ficando impedida de obter financiamentos, de participar de procedimentos licitatórios, enfim, de exercer plenamente suas atividades empresariais.

19. Ademais, o pagamento do débito em discussão antes de solucionada a questão referente à ilegalidade do auto de infração e da decisão que o julgou subsistente – questão que só pode ser resolvida pelo Poder Judiciário –, teria imposto à Agravante o prejuízo de ver indisponível a vultosa quantia de R\$458.240,00 (quatrocentos e cinquenta e oito mil e duzentos e quarenta reais), em valores históricos – que já monta, em valores atualizados, a R\$466.488,32 (quatrocentos e sessenta e seis mil e quatrocentos e oitenta e oito reais e trinta e dois centavos –, ou mesmo de obrigá-la a submeter-se, caso vencedora nos autos do processo originário, a trabalhosa e custosa execução de repetição de indébito contra a Fazenda Pública.

20. Não há, por outro lado, perigo de dano reverso, vez que a Fazenda Pública pode receber o valor na hipótese absurda de improcedência da demanda, tendo oferecido a Agravante, conforme já evidenciado, caução plenamente idônea à satisfação de eventual débito.

21. **Cabível, portanto, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal, de modo que se atribua eficácia imediata à suspensão da exigibilidade do débito, já deferida nos autos do processo originário, mediante caução efetuada por meio seguro garantia.**

.IV.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

22. Nesses termos, tendo-se demonstrado os equívocos em que incorreram as decisões agravadas, a Agravante confia que este agravo de instrumento será conhecido e, ao final, provido,

- (i) Para que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, de modo que se atribua eficácia imediata à suspensão da exigibilidade do débito, como já deferida nos autos do processo originário, mediante oferecimento de seguro garantia, sem a necessidade de que a caução se faça exclusivamente em dinheiro;

- (ii) No mérito, para que seja reconhecida a suficiência do seguro garantia na condição de caução idônea a justificar a suspensão do referido débito, reformando-se as decisões agravadas para que a suspensão do débito seja plenamente concedida; ou
- (iii) Subsidiariamente, no mérito, para que seja estabelecido prazo de 30 (trinta) dias para substituição da caução oferecida.

23. Enfim, por cautela, para que seja afastada a possibilidade de qualquer alegação de preclusão, tendo em vista que a decisão dos embargos de declaração consignou que, *"nestes termos, diante da ausência de pressupostos de admissibilidade, DEIXO DE CONHECER os embargos de declaração"*, embora tenha-lhes, na verdade, negado provimento, ao registrar que *"não entendo que a decisão guerreada mereça qualquer reparo, especialmente porque se verifica nas razões mero inconformismo"*, pede-se, também, que essa decisão seja reformada, para que conste dela que os embargos foram conhecidos, mas improvidos.

24. De todo modo, a Agravante ressalta que o prazo para interposição deste agravo de instrumento foi contado desde a publicação da primeira decisão agravada, sendo, portanto, inquestionavelmente tempestivo.

Termos em que
pede deferimento.

São Paulo, 24 de outubro de 2016.

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES STEINER
OAB/SP nº 139.138

MARÍLIA DOS SANTOS DIAS RENNÓ
OAB/SP nº 332.066

CAROLINA BARROS FIDALGO
OAB/SP nº 340.928

GABRIEL COZENDEY PEREIRA SILVA
OAB/SP nº 336.176