

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000121845

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1000135-40.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., são apelados FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP e FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

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

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

São Paulo, 18 de fevereiro de 2019.

Teresa Ramos Marques
RELATOR
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL: 1000135-40.2017.8.26.0053

APELANTE: HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

APELADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR - PROCON/SP

JUIZ PROLATOR: CARMEN CRISTINA FERNANDEZ TEJEIRO E
OLIVEIRA

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 21874

EMENTA

PROCESSO

PROCON – Auto de infração – Atendimento ao consumidor – Infração de mera conduta – Penalidade – Possibilidade:

- O atendimento do consumidor ou a celebração de acordo após a veiculação da reclamação, por si só, não afasta o ilícito administrativo, especialmente quando se tratar de infração de mera conduta, sob pena de torna a lei letra morta.

PROCON – Auto de infração – Providências do fornecedor – Reparação – Atenuantes – Impossibilidade:

- A atenuante relativa à adoção de providências para minimizar o prejuízo ou reparar os efeitos do ato lesivo demanda atuação imediata e relevante do fornecedor, não havendo fundamento para a sua aplicação quando o fornecedor age somente após a veiculação de reclamação perante a autoridade.

PROCON – Auto de infração – Agravantes – Prática repetitiva – Primariedade – Possibilidade:

- A agravante da prática repetitiva não se confunde com a reincidência, podendo perfeitamente ser aplicada ao infrator primário.

RELATÓRIO

Sentença de improcedência, custas e honorários pela autora, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apela a autora (fls. 361/376), alegando que visa cancelar a multa aplicada no âmbito do AIIM 06373D8, por suposta violação ao art. 18, § 1º, do CDC. Todos os consumidores reclamantes foram atendidos, salvo um, devido à constatação de mau uso do produto. Não foram observados os princípios do contraditório e ampla defesa. Não foi aplicada a atenuante do art. 25, III, do Decreto Federal 2.181/97. A agravante aplicada é indevida, pois a autora é primária. Violaram-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante do valor médio dos produtos. A celebração de acordos mostra a ausência de ato lesivo, o que justifica o afastamento da multa.

Houve contrarrazões (fls. 396/417).

FUNDAMENTOS

1. Não conheço da apelação juntada posteriormente (fls. 377/390) em razão da preclusão consumativa operada pela interposição de recurso anterior (fls. 361/376).

2. Trata-se de ação anulatória ajuizada pela autora contra o PROCON objetivando anular o Auto de Infração 06373-D8, lavrado por suposta violação ao art. 18, § 1º, do CDC, ensejando as sanções elencadas nos arts. 56, I e 57 do mesmo diploma (fl. 61), assim redigidos:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço”.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Art. 56. 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;

(...)

Art. 57. 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 nº 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”.

3. A existência das reclamações pelos consumidores, bem como a inobservância do prazo previsto no art. 18, § 1º, acima transcrito, são incontrovertidos.

Confira-se a sentença (fl. 355):

“In casu, conforme se extrai das cópias do procedimento administrativo, verifica-se de maneira cabal o comportamento faltoso da requerente.

De fato, em todas as reclamações realizadas perante o PROCON, narrou-se a inércia da assistência técnica em realizar o reparo dos produtos da requerente, permanecendo os consumidores alijados dos aparelhos celulares recém adquiridos por vários meses”.

Em apertada síntese, a autora defende a anulação do AIIM pelas seguintes razões: (i) atendimento dos consumidores e celebração de acordos; e (ii) inobservância do contraditório e ampla defesa. Subsidiariamente, argumenta que (iii) não foi aplicada a atenuante do art. 25, III, do Decreto Federal 2.181/97; (iv) foi aplicada indevidamente a agravante da prática reiterada; e (v) inobservância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3.1. A celebração de acordos com os reclamantes mostra tão somente que as partes chegaram a um entendimento para encerrar o conflito, ou seja, significa apenas que aceitaram a oferta da autora, o que não afasta a anterior violação dos direitos de tais consumidores pela inobservância da lei.

Como bem lembrou a sentença, *“mister salientar que os acordos e reparos noticiados na exordial somente ocorreram após a formalização da*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ficha de atendimento no órgão de proteção ao consumidor, razão pela qual não têm o condão de afastar a configuração da hipótese infracional ora combatida” (fl. 355).

Entender que a celebração de acordo, por si só, afasta a prática infracional, implicaria tornar letra morta o art. 18, § 1º, do CDC.

É dizer, a solução do problema pela autora após as reclamações realizadas não afasta a infração cometida, pois não só já praticada, como, do contrário, estar-se-ia estimulando a negligência e a recalcitrância do fornecedor, que somente atuaria após a veiculação de reclamação pelo consumidor, quando, conforme o CDC, é objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo o “*o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança*”, atendidos diversos princípios, dentre os quais o “*incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo*” (art. 4º, caput e V).

Ainda, é direito do consumidor a efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI, do CDC), sendo inegável a existência de tais prejuízos caso tenha o consumidor de reclamar perante os órgãos de proteção toda vez que buscar garantir a aplicação de um direito seu.

3.2. Também não houve violação ao contraditório ou à ampla defesa.

Para além de a autora não ter nem mesmo indicado, quanto mais demonstrado, em concreto, qualquer violação a tais direitos, fato é que teve, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, a possibilidade de se defender e veicular alegações, bem como produzir provas e recorrer, conforme se vê dos autos administrativos juntados pela autora (fls. 60 e seguintes).

3.3. A autora pede a aplicação da atenuante prevista no art. 25, III, do Decreto Federal 2.181/97, assim redigido:

“Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:

Apelação nº 1000135-40.2017.8.26.0053
Voto nº 21874

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(...)

III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo”.

E realmente não há motivo para a sua aplicação.

A autora não agiu para minimizar os efeitos do ato lesivo, muito menos atuou de forma imediata.

De fato, somente agiu depois que as reclamações foram veiculadas ao PROCON.

Além disso, somente celebrou os acordos nas audiências de conciliação, e, principalmente, limitou-se a cumprir a obrigação legal, que deveria ter feito lá atrás, ou seja, postergou como pode a conduta que deveria ter praticado espontaneamente.

A sentença também bem fundamentou a insubsistência do pedido de reconhecimento de atenuante (fl. 357):

“Também no tocante à necessidade de incidência de circunstância atenuante e de exclusão da circunstância agravante carece de fundamento a irresignação da requerente.

Isto porque, considerando o grande lapso temporal existente entre o decurso do prazo de 30 dias para o conserto dos produtos e a data da efetiva resolução ou reparação dos problemas enfrentados pelos consumidores, bem como a necessidade de prévia reclamação no PROCON, não se vislumbra o enquadramento da conduta da autora como hábil a minimizar os efeitos do ato lesivo”.

Note-se que o Judiciário não é SAC das empresas, que não podem simplesmente desconsiderar a instância administrativa e postergar a assunção das suas responsabilidades sem que tenha havido ilegalidade pela autoridade administrativa, atrasando a prestação jurisdicional com alegações preclusas.

Da mesma forma, a 1ª instância judicial não é mera formalidade para acesso à instância recursal. Na hipótese, a autora simplesmente reproduziu os argumentos expendidos na inicial e rechaçados na sentença, como visto.

E as reclamações são de 2011 e 2012, e o AIIM foi lavrado em 23.1.2013 (fl. 61): a autora, mais de 8 anos depois, insiste nas suas alegações insustentáveis.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3.4. Igualmente correta a aplicação da agravante prevista no art. 34, II, “c”, da Portaria 45/15 do PROCON:

“Art. 34. A Pena Base poderá ser atenuada de 1/3 (um terço) à metade ou agravada de 1/3 (um terço) ao dobro se verificadas no processo a existência das circunstâncias abaixo relacionadas:

(...)

II – Consideram-se circunstâncias agravantes:

(...)

c) ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo;”

O AIIM mostra que houve, ao menos, vinte e quatro reclamações, o que comprova o seu caráter repetitivo, ensejando a exasperação da sanção.

Confira-se a sentença (fl. 357):

“De outra banda, reputo ser evidente a ocorrência no presente caso de reiteração da conduta infrativa, embasando-se a autuação em dezenas de reclamações feitas por uma miríade de consumidores, todas relativas à inércia do fornecedor em solucionar os vícios dos produtos adquiridos”.

Não bastasse, a autora confunde “caráter repetitivo” com reincidência. O fato de ser primária afasta a agravante da reincidência, por sinal prevista na alínea “a” do dispositivo acima:

“a) ser o infrator reincidente, ou seja, o fornecedor que, nos últimos 05 (cinco) anos, a contar da lavratura do auto de infração, tenha sofrido sanção por meio de decisão administrativa irrecurável observando o disposto no § 3º, do art. 59 da Lei Federal n.º 8.078/90;”

Acrescente-se que a primariedade da autora, o que configura a atenuante do art. 34, I, “a”, da Portaria 45/15, foi valorado pela autoridade administrativa (fl. 75).

Logo, absolutamente lícito o agravamento.

3.5. Por fim, também sem qualquer fundamento a alegação de violação à razoabilidade e à proporcionalidade.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Primeiro, o valor dos produtos não são relevantes para a dosimetria, pois o que se pune é a mera conduta de inobservância do art. 18, § 1º, do CDC.

Veja-se que o art. 33 da Portaria 45/15 explica a fórmula pela qual fixa-se a pena base:

*“Art. 33. A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base: **PE + (REC.0,01).(NAT).(VAN)=PENA BASE**’.*

Onde:

PE - definido pelo porte econômico da empresa;

REC - é o valor da receita bruta;

NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);

VAN - refere-se à vantagem”.

As agravantes e atenuantes, incidentes na segunda fase, estão previstas no art. 34, não havendo entre elas qualquer previsão relativa ao valor do produto que gerou a reclamação.

Já o art. 35 estipula hipóteses de redução da sanção e possibilidade de parcelamento, também não havendo qualquer previsão quanto ao valor do produto.

Ainda, o art. 57 do CDC também nada diz sobre o valor do produto.

Não bastasse, o art. 30 da Portaria 45/15 dispõe que *“as infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV) pelo critério constante do Anexo I”.*

No presente caso, a conduta da autora foi enquadrada no grupo II, que elenca condutas de reduzida gravidade, conforme parágrafo único do mencionado art. 30.

Por fim, de se ressaltar que, como visto, o art. 57 do CDC elenca, dentre outros critérios para a dosimetria, a *“condição econômica do fornecedor”*, que, segundo o art. 32 da Portaria 45/15, *“será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo Procon-SP”.*

E no presente caso, o PROCON fixou a sanção em R\$ 207.160,00 (fl.

Apelação nº 1000135-40.2017.8.26.0053

Voto nº 21874

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

75), o que representa cerca de 0,2% da receita bruta mensal estimada da autora (R\$ 100 milhões), assim estipulada ante a inércia da autora em impugnar tal valor na esfera administrativa.

Acrescente-se que o teto sancionatório disposto no art. 57, parágrafo único, do CDC é de 3 milhões de UFIR, o que, em 2015 (data da confirmação da sanção – fl. 75), equivalia a R\$ 8.135.700,00, reforçando, assim, a razoabilidade do montante estipulado.

Nesse contexto, absolutamente razoável e proporcional a multa fixada.

Acolher o pedido da autora e reduzir ainda mais esse valor já ínfimo afastaria toda e qualquer função coercitiva e punitiva da sanção, tornando a prática infracional vantajosa para o fornecedor.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, majorados os honorários para 15% do valor atualizado da causa.

Faculto aos interessados manifestação em dez dias de eventual oposição a julgamento virtual de recurso futuro para sustentação oral.

TERESA RAMOS MARQUES
RELATORA