



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2022.0000993086

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013104-14.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, é apelado/apelante CLARO S/A.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U. - sustentou o(a) Dr(a). Ana Carolina Bins Gomes da Silva, OAB: 149947/MG", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), DANILO PANIZZA E LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 29 de novembro de 2022

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 16961

APELAÇÃO Nº 1013104-14.2022.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE/APELADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON

APELADA/APELANTE: CLARO S/A

Julgador de Primeiro Grau: *Evandro Carlos de Oliveira*

APELAÇÃO – DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO – Pretensão autoral voltada à anulação de multas lavradas pelo PROCON/SP por infrações perpetradas pela Claro S/A à legislação consumerista – Sentença de improcedência – Irresignação de ambas as partes – Desacolhimento – Demanda voltada à anulação de sanções administrativas – Observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no curso do processo administrativo sancionador – Configuração da tipicidade das infrações aos arts. 20, § 2º, 37, § 1º, e 39, caput e inc. V, do CDC – Processo e decisão administrativa que contam com todas as informações necessárias ao pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa – Penalidades pecuniárias aplicadas à demandante, com fulcro no art. 57 do CDC e na Portaria Normativa PROCON nº 57/2019 – Inexistência de nulidade – Valor da multa que se mostrou adequado, diante da gravidade das infrações praticadas e do porte econômico da requerente – Observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Dívida não tributária, oriunda de multa administrativa e, portanto, a atualização do débito é feita pelo IPCA-E e não pela SELIC – Fixação da verba honorária por equidade – Possibilidade – Precedentes do STJ e desta c. Corte – Sentença mantida – Recursos da autora e do ente público não providos.

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ambas as partes contra a r. sentença de fls. 1249/1262, que, em ação anulatória de ato administrativo ajuizada pela **CLARO S/A** em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON**, julgou improcedente o pedido. A sentença, ainda, condenou a requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, arbitrados em R\$ 20.000,00, nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC.

A autora opôs embargos de declaração (fls. 1265/1269), os quais foram rejeitados pela decisão de fl. 1270.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Inconformado, o PROCON/SP requer a reforma parcial da sentença (fls. 1275/1281), a fim de que a verba honorária sucumbencial seja fixada em conformidade com o § 3º do artigo 85 do CPC. Para tanto, aduz que o STJ sedimentou o entendimento de que a equidade não pode ser aplicada para arbitramento dos honorários advocatícios quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados.

A autora, por seu turno, interpôs seu recurso às fls. 1284/1325, alegando, em resumo, que se trata de ação anulatória voltada à desconstituição da multa aplicada pelo PROCON/SP no PA nº 1273/2020, no valor histórico de R\$ 10.779.044,27, por infringência aos artigos 20, § 2º, 37, § 1º, e 39, *caput* e inciso V, do CDC. Afirma ser imperiosa a declaração de extinção da punibilidade da requerente, em razão da resolução das reclamações formuladas pelos consumidores, no que tange às infrações ao artigo 39, *caput* e inciso V, do CDC. Sustenta que os princípios da culpabilidade, da presunção de inocência e da tipicidade, próprios do Direito Penal, são igualmente aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, cabendo ao órgão sancionador o ônus da prova. Assevera, ademais, ser de rigor o reconhecimento da insubsistência das demais infrações que lhe foram imputadas, por ofensa aos artigos 20, § 2º, e 37, § 1º, do CDC, sob os seguintes fundamentos: (i) impropriedade da tipificação da conduta; (ii) que os consumidores são devidamente orientados a respeito da ocorrência de fraudes; (iii) que não houve comprovação de vazamento de dados por parte da requerente; e (iv) inexistência de qualquer publicidade enganosa. Subsidiariamente, aduz ser exorbitante e desproporcional o valor da penalidade imputada à requerente, porquanto não observados os critérios objetivos orientadores da definição da multa. Pondera que houve equívoco em relação ao faturamento empresarial adotado para cálculo da penalidade, que deve considerar a renda média mensal no Município de São Paulo, local onde ocorreram as infrações. Por fim, insurge-se contra a sistemática adotada pelo PROCON/SP para cálculo de atualização monetária e juros moratórios, por entender ser inconstitucional a utilização do IPCA-E, requerendo a adoção da SELIC.

Foram apresentadas contrarrazões pelo ente público às fls. 1331/1376 e pela autora às fls. 1462/1467.

É o relatório.

DECIDO.

As apelações são tempestivas e os demais requisitos de admissibilidade foram contemplados.

A empresa Claro S/A narra que o PROCON/SP instaurou contra si o processo administrativo nº 1.273/2020 (auto de infração nº 48505-D8), com fundamento nos artigos 20, § 2º, 37, § 1º, e 39, *caput* e inciso V, do CDC, em razão da prática das seguintes infrações consumeristas (fls. 02/03):

(a) Infringência ao art. 39, caput e inciso V, do CDC, por ausência de informação prévia sobre a cobrança da visita



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

técnica, bem como a respeito da comprovação de que os consumidores foram responsáveis pelos respectivos problemas verificados (FAs: 35.001.003.18-0099323, 35.001.002.18-0202898, 35.001.002.18-0254819, 35.001.003.18-0175314, 35.001.002.18-0106864, 35.001.003.18.0101823, 35.001.002.18-0208144, 35.001.002.18-0284268, 35.001.003.18-0158883 e 35.001.002.18-0274533);

(b) Infringência ao art. 39, V, do CDC, por cobrança após o término do vínculo contratual (FAs: 35.001.002.18-0120851, 35.001.002.18-0138587, 35.001.008.18-0087120, 35.001.008.18-0097694, 35.001.008.18-0191555, 35.001.008.18-0200072, 35.001.008.19-0004040 e 35.001.008.19-0005007);

(c) Infringência ao art. 39, V, do CDC, por cobrança endereçada a consumidores sem vínculo contratual com a Autora (FAs: 35.001.002.18-0111155, 35.001.002.18-0157510, 35.001.002.18-0174140, 35.001.006.18-0128354, 35.001.006.18-0248398, 35.001.006.18-0268936, 35.001.006.19-0007709 e 35.001.008.19-0034430);

(d) Infringência ao art. 39, V, do CDC, por cobrança e inscrição do nome do consumidor no SCPC, por crédito inexigível, considerando o acórdão do TJSP proferido nos autos processo n. 1027324-89.2017.8.26.0506;

(e) Infringência ao art. 39, caput, do CDC, pela manutenção de cobrança por contato telefônico de terceiro (vizinho), mesmo após apelo para não ser incomodado (FA: 35.001.008.18-0095285);

(f) Infração ao art. 20, § 2º, do CDC, por vazamento de dados de consumidores e emissão de boletos fraudados (FAs: 35.001.003.19-1027339, 35.001.002.19-0018667, 35.001.003.19-1034292, 35.001.003.19-1034615, 35.001.003.19-1027279, 35.001.003.19-1035801, 35.001.003.19-1028170, 35.001.003.19-1046429, 35.001.003.19-1050611 e 35.001.003.19-1219145);

(g) Infringência ao art. 37, §1º, do CDC, por veiculação de mensagem publicitária capaz de induzir consumidores a erro, considerando o Auto de Notificação nº 04668 - D8.

Conforme se extrai dos autos, após a expedição do auto de notificação (fl. 153) e da resposta encaminhada pela empresa (fls. 176/192), foi lavrada a autuação em questão. Em seguida, elaborou-se demonstrativo de cálculo da multa (fls. 770/771), em que se alcançou o valor de R\$ 10.118.679,45 como pena base.

A demandante juntou sua defesa administrativa (fls. 810/860) e o PROCON/SP apresentou manifestação técnica (fls. 1139/1155) concluindo pela subsistência do auto de infração. Após, o auto de infração foi homologado (fl. 1158) e a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

multa foi majorada em 1/3 para R\$ 10.779.044,27, consideradas as circunstâncias agravantes e limitada a penalidade a três milhões de vezes o valor da UFIR, nos termos do artigo 57, parágrafo único, do CDC.

Ainda inconformada, a empresa autuada interpôs recurso administrativo (fls. 1159/1175), em relação ao qual foi elaborada nova manifestação técnica pelo PROCON/SP (fls. 1176/1189) pelo não provimento da insurgência, opinião compartilhada pela assessoria jurídica da Procuradoria Geral do Estado (fl. 1190). Tendo esta situação em vista, o Assessor Executivo da Diretoria Executiva do PROCON/SP negou provimento ao recurso (fl. 1191), concluindo pela subsistência do auto de infração e da multa aplicada.

Diante da falta de pagamento espontâneo da penalidade, o débito foi inscrito na Dívida Ativa (CDA 1.339.054.714), cuja exigibilidade está suspensa por determinação desta c. Câmara (fls. 1440/1447).

Pois bem.

É sabido que os atos praticados pelos integrantes da Administração Pública, por corolário do princípio da legalidade – “*ex vi*” do art. 37, *caput*, da CF –, se presumem editados em estrita consonância com o ordenamento jurídico. Trata-se de presunção “*juris tantum*” que, por conseguinte, admite desconstituição; todavia, a prova da sua desconstituição encarta ônus processual carreado exclusivamente ao respectivo interessado, conforme o quanto preconizado pelo art. 373, I, do CPC.

Em abono ao exposto, a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “*in verbis*”: “***Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípua, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores da parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei. (...) Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo***”. (in “Manual de Direito Administrativo”, 28ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2015, p. 123) (Destaquei).

Ressalta-se, assim, que o processo administrativo e a decisão que impôs a multa impugnada contêm informações suficientes dos fatos que ocorreram e que ensejaram a autuação da requerente. O pleno exercício do direito de defesa no âmbito administrativo, sobretudo relativamente a questões de mérito, é evidência de que não houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Cumpra assinalar, ainda, que procedimentos administrativos individuais para resolução de problemas dos consumidores são independentes do procedimento sancionatório conduzido pelo PROCON. De tal sorte, eventual composição entre as partes na via administrativa ou resolução das reclamações pelo fornecedor não configura óbice à subsistência da penalidade aplicada pelo cometimento de infrações às normas consumeristas. Do contrário, conforme pontuado pelo digno Juízo sentenciante, *“estar-se-ia estimulando a negligência e reincidência do fornecedor, que somente atuaria após a reclamação de um consumidor e nunca seria autuado”* (fl. 1254).

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E CONSUMERISTA. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS PARA MATRÍCULA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA ALÍNEA K, DO ART. 11, DA LEI DELEGADA N.º 4, DE 26.9.1962. POSTERIOR TRANSAÇÃO CIVIL ENTRE A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E O DISCENTE. ANULAÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 56 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC.

1. A composição civil entre o consumidor e o fornecedor e/ou prestador de serviços, ainda que realizada em juízo, não tem o condão de afastar a imposição de penalidade de multa, aplicada por órgão de proteção e defesa do consumidor, no exercício do poder sancionatório do Estado.

2. É que "a multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo". (RMS 21.520/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 17/08/2006 p. 313).

3. O poder sancionatório do Estado pressupõe obediência ao princípio da legalidade, e a sua ratio essendi é "desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigações. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade". (Celso Antônio Bandeira de Mello, in "Curso de Direito Administrativo", 22.ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007, págs. 814/815.).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

4. *No mesmo sentido, o escólio de Marçal Justen Filho, verbis: "A sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia. A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o dever-poder de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente. Portanto, a criação de deveres administrativos não é manifestação necessária do poder de polícia, mas a apuração da ocorrência do ilícito e o sancionamento daí derivado correspondem ao exercício da competência de polícia administrativa". (in "Curso de Direito Administrativo", 4.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 506.).*

5. *In casu, a entidade de ensino, após lavratura de auto de infração e abertura de processo administrativo, em que foi garantido ampla defesa e contraditório, foi penalizada com a aplicação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em 22.7.1997 (fl. 53), por infração tipificada na alínea k, do artigo 11, da Lei Delegada n.º 4, de 26.9.1962, com redação dada pela Lei n.º 7.784, de 28.6.1989. Dessa sorte, em que pese a composição civil efetivada em juízo entre os discentes e a instituição, essa não é suficiente para ilidir a presunção de legitimidade da multa aplicada.*

6. *A título de argumento obiter dictum, impõe-se considerar que a conduta imputada à instituição de ensino configura infração tipificada no artigo 6.º, da Lei n.º 9.870, de 23.11.1999, de seguinte teor: "São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias".*

7. *Recurso especial parcialmente conhecido e provido, para restabelecer a sentença."*

(REsp n. 1.164.146/SP, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2/3/2010, DJe de 16/3/2010) (Destaquei)

Aliás, vale notar que, quanto às infrações ao artigo 39, inciso V, do CDC, as reclamações foram solucionadas precisamente porque a requerente reconheceu que as cobranças questionadas eram, de fato, indevidas, tanto que as cancelou ou reembolsou os consumidores prejudicados.

No que tange à infringência ao artigo 20, § 2º, do CDC, em razão do vazamento de dados dos consumidores – o que propiciou a emissão de boletos fraudados, com referência expressa a dados do contrato celebrado entre a autora e seus clientes –, a ausência de informações ostensivas ao público acerca das fraudes perpetradas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

por terceiros, de modo a mitigar os efeitos dessas práticas ilícitas, caracteriza a má prestação do serviço, notadamente em se considerando o porte e o alcance das atividades empresariais da requerente.

Já com relação à infração ao artigo 37, § 1º, do CDC, por conta de publicidade enganosa, evidenciou-se que a campanha comercial veiculada pela demandante associou, de forma totalmente indevida, o termo “internet 4.5G”, por ela disponibilizada no mercado de consumo, à futura tecnologia “internet 5G”, até então indisponível no mercado, de maneira a induzir os consumidores em erro.

Comunga-se, nesse ponto, do entendimento expresso pelo PROCON/SP em sua manifestação técnica (fls. 1149/1150):

“Na peça publicitária veiculada pela empresa atuada, o numeral '4' que antecedia o numeral '5' e a letra 'G' estava escrito numa grafia inexistente, fazendo com que consumidores apenas enxergassem a informação '5G' e não '4.5G' como faz crer o atuado (...)

Diz a publicidade acima: 'Bem-vindo ao Verão da Claro 5G', pois é impossível ler essa peça publicitária da forma que pretende demonstrar o atuado, sendo certo de que o que está disposto na frente do numeral '5' na peça acima se assemelha mais a uma forma geométrica do que um número. Resta, evidentemente comprovado que foi exatamente essa intenção da equipe de marketing ao formular tal publicidade, fazer com que consumidores enxergassem apenas a existência da cobertura '5G' nos serviços, quando o correto seria a 4.5G.

Não se pode olvidar que a publicidade é uma importante ferramenta na divulgação dos bens de consumo disponibilizados no mercado de consumo, através da qual o consumidor passa a conhecer determinado produto ou serviço, podendo tornar-se consumidor fiel destes. Assim, o elemento informação é essencial no anúncio publicitário.

Justamente por reconhecer a grande influência da publicidade diante dos consumidores, especialmente no contexto atual das relações de consumo massificadas, é que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a veiculação de anúncio publicitário capaz de induzir o consumidor em erro, interferindo, de forma ilícita, na sua liberdade de escolha (...)”

Sendo assim, é evidente que as condutas perpetradas pela autora se amoldam, com perfeição, às práticas vedadas pelos artigos 20, § 2º, 37, § 1º, e 39, caput e inciso V, do CDC, de sorte que se mostra escorreita a imposição da sanção administrativa.

No que diz respeito ao arbitramento da multa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

administrativamente aplicada, argumenta a autora que o PROCON não teria observado o artigo 57 do CDC, que assim dispõe:

“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. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.”

Tal dispositivo prescreve que três fatores devem ser considerados quando da fixação da pena de multa no caso concreto. São eles: (i) a gravidade da infração; (ii) a condição econômica do fornecedor; e (iii) a vantagem auferida.

A fim de detalhar e incorporar referidos elementos no cálculo da multa, a Portaria Normativa PROCON nº 57/2019 estabeleceu a fórmula para a dosimetria da multa, a qual foi rigorosamente observada na espécie.

Na mesma medida, afasta-se a alegação genérica de infringência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porquanto o valor da multa encontra-se em consonância com os ditames das normas de regência. Não se admite que a sanção seja diminuída simplesmente em razão da alegação de excesso, uma vez que os parâmetros legais e regulamentares são utilizados como guias em tal aferição.

E, na hipótese ora sub judice, verifica-se que as balizas estipuladas pelo legislador para a fixação da multa foram devidamente observadas, inexistindo qualquer razão excepcional que justifique a intervenção do Poder Judiciário, cuja atuação não deve se imiscuir no mérito dos atos administrativos, espaço em que a discricionariedade deve prevalecer. Assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça a esse respeito:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TARIFAS DE TAXIS. LEGALIDADE DO ATO. NÃO OCORRENDO DEFEITO POR ILEGALIDADE DO ATO, TAIS A INCOMPETENCIA DA AUTORIDADE, A INEXISTENCIA DE NORMA AUTORIZADORA E A PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL, E INCABIVEL O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO QUE ESTIPULA TARIFA PARA OS SERVIÇOS DE TAXI. E DEFESO AO PODER JUDICIARIO APRECIAR O



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

MERITO DO ATO ADMINISTRATIVO CABENDO-LHE UNICAMENTE EXAMINA-LO SOB O ASPECTO DE SUA LEGALIDADE, ISTO E, SE FOI PRATICADO CONFORME OU CONTRARIAMENTE A LEI. ESTA SOLUÇÃO SE FUNDA NO PRINCIPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DE SORTE QUE A VERIFICAÇÃO DAS RAZÕES DE CONVENIENCIA OU DE OPORTUNIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ESCAPA AO CONTROLE JURISDICIONAL DO ESTADO.

RECURSO IMPROVIDO.”

(RMS 1.288/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/1994, DJ 02/05/1994, p. 9964) (Destaquei)

Portanto, somente cabe ao Poder Judiciário a função de constatar se existe algum vício que leve a anulação ou modificação do ato administrativo, sem entrar no mérito da decisão administrativa (cujas razões de decidir estão informadas pela oportunidade e conveniência da Administração – discricionariedade). Em síntese, para ser válido, o ato administrativo deve estar dentro dos limites estabelecidos pela legislação, de forma que esteja munido de observância ao devido processo legal, sem abuso ou desvio de poder.

Quanto à condição econômica da autora, o PROCON/SP considerou a receita da autuada para os meses de novembro e dezembro de 2019 e janeiro de 2020, estimando-a no valor de R\$ 1.151.800.000,00 mensais (fl. 770). Com isso, alcançou o valor da pena base em R\$ 10.118.679,45, referente a fevereiro de 2020.

De fato, a Portaria Normativa PROCON nº 57/2019, que substituiu a Portaria nº 26/2006, cuja constitucionalidade já havia sido reconhecida pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça e a qual foi considerada no cálculo da pena base, disciplinou critérios objetivos para aferição dos valores efetivamente devidos por aqueles que infringissem as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Nessa medida, o seu artigo 33, assim prevê:

“Art. 33. A condição econômica do autuado será estimada pelo Procon-SP pela sua receita bruta mensal e poderá ser impugnada, no prazo de defesa, sob pena de preclusão, mediante apresentação de uma das seguintes hipóteses:

I – Guia de Informação e Apuração de ICMS – GIA, com certificação da Receita Estadual e Declaração de arrecadação de ISS, comprovado o recolhimento, ambos dos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, considerando a soma das receitas.

II– Demonstrativo de Resultado do Exercício – DRE, publicado, do último calendário fiscal.

III – Declaração de Imposto de Renda com certificação da Receita Federal, do último calendário fiscal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

IV – DAS – Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório e Recibo de Entrega da Apuração PGDAS-D (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional Declaratório), referente aos períodos de apuração dos últimos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração.

V – DASN-SIMEI – Declaração Anual Simplificada para o Microempendedor Individual, com respectivo Recibo de Entrega para a Receita Federal, do último calendário fiscal.

1º – Na impossibilidade do fornecedor apresentar o comprovantes de recolhimento de ambos, ICMS e ISS, será exigida declaração simples subscrita pelo representante da empresa, de que o estabelecimento não recolhe imposto referente ao comprovante faltante.

2º – No caso de conduta infrativa imputada a uma unidade específica do autuado, será considerada como condição econômica a receita bruta individual do estabelecimento indicado no auto de infração.

3º – No caso de conduta infrativa imputada a rede de estabelecimentos, quando assim expressamente constar no auto de infração, será considerada como condição econômica a receita bruta da rede do autuado, apurada com base nos incisos II ou III, e indicado o estabelecimento matriz como responsável.

Em atenção ao aludido comando normativo, não se poderia mesmo considerar apenas a renda média mensal no Município de São Paulo, porquanto a multa por infração ao artigo 39, inciso V, do CDC, pela cobrança e inscrição do nome do consumidor no SCPC por crédito inexigível, em razão de ofício encaminhado pela 22ª Câmara de Direito Privado desta c. Corte (registro nº 1027324-89.2017.8.26.0506 – fls. 355/362), é oriunda de conduta perpetrada pela autora no Município de Ribeirão Preto.

No mais, constitui ônus da interessada apresentar documentação hábil a desconstituir a estimativa realizada pela entidade, sob pena de preclusão. Não tendo sido apresentados documentos buscando alterar o faturamento nos municípios considerados, de rigor que se reconheça a higidez do ato administrativo, conforme entendimento deste Tribunal:

“PROCESSO PROCON – Auto de infração – Multa – Receita mensal bruta – Arbitramento – Preclusão – Possibilidade: - A não comprovação da receita mensal bruta pelo autuado no momento oportuno torna preclusa a impugnação. - Embora o "documento novo" a que se refere o art. 435 do NCPC inclua aquele que se tornou acessível após a inicial ou a contestação, cabe à parte demonstrar o justo motivo da extemporaneidade, sob pena de não conhecimento do documento.” (TJSP; Apelação Cível 1025939-10.2017.8.26.0053; Relator (a): Teresa Ramos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/03/2020; Data de Registro: 12/03/2020) (Destaquei)

Ademais, a reincidência restou bem demonstrada pela certidão de fl. 773, documento que demonstra o trânsito em julgado administrativo (entre os anos de 2016 e 2019) de dezoito autos de infração.

E ainda, deve-se considerar que o valor das multas é compatível com o porte econômico da requerente, tendo em consideração que se trata de companhia aberta cujo capital social é de R\$ 18.716.643.026,21 (fl. 136).

Tudo isso só corrobora o fato de que o procedimento administrativo prezou pelos princípios a ele atinentes. Não há, assim, que se ventilar, porquanto estritamente vinculado à legalidade, de desproporcionalidade ou desarrazoabilidade do valor da multa.

Não se justifica, tampouco, a limitação do índice de atualização do débito à taxa SELIC, conforme pretendido pela demandante. Não se aplica o entendimento fixado no julgamento do RE nº 183907 e da ADI nº 442 (invocados nas razões recursais) porque não se trata de débito tributário e nem se aplica a Lei Federal nº 10.522/2002 (também invocada nas razões recursais) por se tratar de débito estadual. A correção monetária deve ser regida, assim, pelo IPCA-E, à qual se acrescem juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês.

Nesse sentido o entendimento desta 1ª Câmara de Direito Público:

“APELAÇÃO – PROCON – MULTA ADMINISTRATIVA – Pretensão da autora de anular a multa aplicada pelo PROCON por inexistência de infração ao art. 39 da legislação consumerista – Sentença de parcial procedência pronunciada em Primeiro Grau, apenas para determinar a incidência da Taxa SELIC aos juros de mora e à correção monetária – Insurgência das partes – Empresa de telefonia que não demonstrou a regularidade da cobrança e a observância do dever de informação, tendo inclusive suspenso indevidamente a prestação dos serviços – Multa cabível - Dosimetria da multa que observou os critérios previstos no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor e portarias normativas 26 e 45 - Ausência de desproporcionalidade ou falta de razoabilidade - Dívida não tributária, oriunda de multa administrativa e, portanto, a atualização do débito é feita pelo IPCA-E e não pela SELIC - Honorários redimensionados nos termos do art. 85, par. 3º, inc. I e II, do CPC – Sentença parcialmente reformada – Recurso do PROCON provido e recurso da autora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

improvido.” (TJSP; Apelação Cível 1054178-53.2019.8.26.0053; Relator (a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/09/2021; Data de Registro: 29/09/2021) (Destaquei)

*“AUTO DE INFRAÇÃO DA FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – Empresa que não nega a prática da conduta que lhe é imputada – Pretensão somente de reduzir o valor da multa – Art. 32, § 3º da Portaria Normativa PROCON nº 42/15 não aplicável ao caso, por ausência de indicação do estabelecimento que teria praticado a conduta imputada nem de sua receita bruta – Art. 32, § 1º da Portaria Normativa PROCON nº 42/15 que prevê como base de cálculo a receita bruta – Análise das GIAs juntadas pela autora que revela que a receita bruta no período relevante foi bastante superior à estimada pela ré – Manutenção do valor por conta do princípio dispositivo – **Legalidade da incidência de correção monetária pelo IPCA-E acrescida de juros de 1% ao mês – Honorários advocatícios – Aplicação do art. 85, § 8º do CPC – Recurso parcialmente provido.**” (TJSP; Apelação Cível 1039324-54.2019.8.26.0053; Relator (a): Luís Francisco Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/02/2021; Data de Registro: 24/02/2021) (Destaquei)*

Desse modo, os pedidos inicialmente formulados pela parte autora devem ser julgados improcedentes.

Por fim, quanto à fixação da verba honorária sucumbencial, considera-se o seguinte.

O CPC/2015 enseja o arbitramento equitativo da verba honorária, quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório, bem como quando o valor da causa for muito baixo, observados os critérios dos incisos do § 2º do artigo 85 do novel diploma processual. Silencia, entretanto, quanto à fixação de honorária em valor elevado.

Esse silêncio não significa que ao órgão julgador é vedado o arbitramento equitativo da verba honorária, se e quando esta se mostre exorbitante.

Afinal, se o NCPD franqueia a fixação equitativa de honorários a fim de que estes não sejam módicos, tem-se que o mesmo critério pode ser empregado com o fito de não os tornar excessivos, em patente incompatibilidade com a natureza da causa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No caso, o valor histórico da causa é de **R\$ 10.779.044,27** (fl. 55), de modo que a fixação da verba honorária com base nos percentuais legais sobre esse montante atualizado, conforme o art. 85, § 3º, do CPC, implicará honorários exorbitantes.

Assim, a fixação de honorários de acordo com os percentuais legais se revela, no caso concreto, desproporcional, de modo que comporta determinação por equidade, inclusive para que não haja enriquecimento sem causa (cf. REsp nº 1.864.385).

A incidência dos princípios gerais do direito como vetores de interpretação e aplicação do ordenamento processual defluem do disposto no artigo 5º da LINDB, cujo comando foi reproduzido pelo artigo 8º do CPC/2015 (“*Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*”).

A dizer: a aplicação do ordenamento jurídico não deve se prestar a fim diametralmente oposto àquele para o qual foi concebido, de sorte que a incidência das normas do artigo 85 do CPC/2015 visa a assegurar que os procuradores recebam remuneração consentânea com o trabalho desenvolvido, não podendo servir, à obviedade, como fator de enriquecimento sem causa.

Em suma: a excepcionalidade da situação reclama o arbitramento da verba honorária por equidade, na exata medida em que a fixação entre os percentuais estabelecidos pelo artigo 85, § 3º, do CPC/2015 implicaria remuneração exorbitante.

Ademais, embora se reconheça a decisão proferida pelo STJ no recente julgamento do Tema nº 1.076, entende-se que a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais por meio de apreciação equitativa (art. 85, § 8º, CPC/15) encontra fundamento tanto na letra do próprio diploma processual civil quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual deve prevalecer:

“Direito Processual Civil. Embargos de declaração em ação cível originária. Honorários advocatícios. 1. Embargos de declaração opostos contra acórdão que julgou parcialmente procedente o pedido com fixação de honorários em percentual sobre o valor da causa. 2. Fixação dos honorários que gera à parte sucumbente condenação desproporcional e injusta. Processo que tratou de questão exclusivamente de direito. 3. Revisão do valor dos honorários para arbitrá-los por equidade, conforme art. 85, § 8º, do CPC. Precedentes. 4. Embargos de declaração parcialmente providos para fixar os honorários advocatícios por apreciação equitativa.” (ACO 2988 ED, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

21/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG
10-03-2022 PUBLIC 11-03-2022). (Destaquei).

Por derradeiro, em respeito ao quanto preconizado no art. 85, § 11, do CPC/15, os honorários advocatícios a serem pagos pela parte autora em favor dos patronos da Fundação PROCON devem ser majorados para o valor de R\$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais).

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a sedimentada orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida.

Ante o exposto, pelo meu voto **NEGA-SE PROVIMENTO**
aos recursos.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Relator