

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000057491

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1010326-86.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO, são apelados PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR 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), ANTONIO CARLOS VILLEN E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 4 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: 1010326-86.2013.8.26.0053

APELANTE: HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO

APELADO: PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR

JUIZ PROLATOR: CARMEN CRISTINA FERNANDEZ TEJEIRO E
OLIVEIRA

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 21818

EMENTA

PROCESSO

PROCON – Auto de infração – Art. 33 da Lei 10.177/98 – Prazo para lavratura – Impossibilidade:

- O prazo de 120 dias do art. 33 da Lei 10.177/98 não se aplica à lavratura de autos de infração, pois voltado ao administrado que peticiona perante a Administração.

- Na dosimetria da pena aplicada com base no art. 57 do CDC, a eventual ausência de vantagem auferida pelo infrator não é justificativa para a sua redução.

RELATÓRIO

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

Apela o HSBC, autor (fls. 1628/1641), alegando que foi autuado pelo PROCON por suposta infração à Lei Estadual 13.226/08, norma que regulamenta o bloqueio de recebimento de ligações de telemarketing. A multa não observou o art. 33, § 1º, da Lei Estadual 10.177/98. A Administração tem 120 dias para responder ao reclamo do administrado. O auto de infração objeto da demanda decorreu de três reclamações de telemarketing imputadas ao autor, as quais ocorreram em 1.6.2010, 24.9.2010 e 25.11.2010, tendo sido lavrado apenas em 15.6.2011, de modo que extrapolado tal prazo. O PROCON é incompetente para aplicar multa em face de matéria de âmbito federal. A

Apelação nº 1010326-86.2013.8.26.0053

Voto nº 21818

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

infração decorre de suposta violação ao CDC. Por isso, é inconstitucional a Portaria 26/06. Não houve comprovação das supostas ligações. A multa viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, violando o art. 57 do CDC. Subsidiariamente, os honorários devem ser reduzidos.

Houve contrarrazões (fls. 1644/1667).

FUNDAMENTOS

1. Trata-se de ação anulatória ajuizada pelo autor contra o PROCON objetivando anular auto de infração pelo qual aplicada multa de R\$ 210.986,67 (valor histórico) por violação ao art. 5º da Lei Estadual 13.226/08 e ao art. 3º, §1º do Decreto nº 53.921/08 (fls. 24, 31 e 68), assim redigidos:

“Artigo 5º - A partir do 30º (trigésimo) dia do ingresso do usuário no Cadastro, as empresas que prestam serviços relacionados ao parágrafo único do artigo 1º ou pessoas físicas contratadas com tal propósito, não poderão efetuar ligações telefônicas destinadas às pessoas inscritas no cadastro supracriado.

§ 1º - vetado.

§2º - Incluem-se nas disposições desta lei os telefones fixos e os aparelhos de telefonia móvel em geral.

§3º - A qualquer momento o usuário poderá solicitar a sua exclusão do Cadastro.

§4º - vetado.

§5º - vetado”.

“Artigo 3º - O titular de linha telefônica que não deseje receber ligações de telemarketing poderá inscrever o respectivo número no cadastro a que alude o artigo 1º, observado o disposto neste decreto.

§ 1º - A partir do 30º (trigésimo) dia da inscrição mencionada no "caput", as empresas de telemarketing, os estabelecimentos que se utilizarem desse serviço ou as pessoas físicas contratadas com tal propósito não poderão efetuar ligações telefônicas direcionadas ao correspondente número, salvo se comprovarem a existência de prévia autorização do titular da linha”.

2. O art. 33 da Lei 10.177/98, que regula o processo administrativo no Estado de São Paulo, está assim redigido:

“Artigo 33 - O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

espécie apresentados à Administração será de 120 (cento e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1.º - Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.

§ 2.º - Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 3.º - O disposto no § 1.º deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento”.

Nota-se, portanto, que é possível o referido prazo ser estendido, bem como não se tratar de prazo aplicável ao fornecedor sancionado por auto de infração, mas ao administrado que apresenta requerimento à Administração com base no direito de petição.

Não se confunde auto de infração com requerimento.

Tanto está equivocado o autor que, a se aplicar o referido art. 33, ultrapassado o prazo, ter-se-ia pela rejeição do requerimento, ou seja, o resultado seria contrário ao interesse do requerente, e não vantajoso, como ora pleiteia. Portanto, nem mesmo por larga analogia pode-se aceitar a interpretação sugerida pelo autor.

Nesse sentido, entendimento deste Tribunal de Justiça, inclusive desta 10ª Câmara de Direito Público:

“EMENTA: APELAÇÃO. Ação anulatória. Auto infracional lavrado pelo Procon, imputando à autora violação do artigo 37, §1º, do CDC. Publicidade enganosa. Preclusão administrativa. Desrespeito ao prazo de 120 dias para resposta a requerimentos administrativos dirigidos à Administração Pública (art. 33 da Lei Estadual nº 10.177/98). Norma que não aproveita à empresa infratora, mas ao reclamante. Prazo prescricional não transcorrido. Disponibilização de oferta em sítio eletrônico de aparelho celular que teria memória expansível até 4GB. Verificação de compatibilidade até 2GB, limite que, inclusive, está expresso no Manual do Usuário. Falta de comprovação de compatibilidade até 8GB, conforme alegado posteriormente. Ônus de comprovação que recaía sobre a autora (art. 333, I, CPC). Ilícito devidamente caracterizado. Aplicabilidade da multa, prevista no artigo 57 do CDC e na Portaria Procon nº 26/06, alterada pela Portaria Procon nº 33/09. Exorbitância do valor. Inocorrência. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Excesso no valor dos honorários advocatícios. Inocorrência. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido”.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(Apelação nº 0030909-12.2013.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MARCELO SEMER, julgada em 7.3.2016).

“EMENTA. (...).

Vale ressaltar que o prazo de 120 (cento e vinte) dias, previsto no art. 33 da Lei Estadual nº 10.177/98, para a decisão administrativa, não se trata de regra impositiva e sim programática, de modo que não há previsão legal de qualquer sanção pelo seu descumprimento. Tanto é assim, que o próprio §2º do art. 33 do referido dispositivo, possibilita o não atendimento do prazo, diante da complexidade da causa a ser decidida pela Administração”.

(Apelação nº 1012325-74.2013.8.26.0053, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MARIA OLÍVIA ALVES, julgada em 22.5.2015).

“EMENTA: Ação anulatória. Auto de Infração lavrado pelo PROCON. Desrespeito ao cadastro para bloqueio de ligações de telemarketing, instituído pela Lei Estadual nº 13.226/08. Situação fática indisputada. Prazo para lavratura de auto de infração não subsumido ao art. 33 da LE 10.177/98. Critério para imposição de multa. Recurso desprovido”.

(Apelação nº 1009121-22.2013.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. BORELLI THOMAZ, julgada em 4.2.2015).

“EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA DO PROCON. Ilegitimidade passiva da Fazenda Pública reconhecida. Matéria sob o manto da coisa julgada objeto de anterior mandado de segurança. Legalidade da Portaria n. 26/06 do Procon. Prazo previsto na Lei 10.177/98 que não é preclusivo. Garantida a ampla defesa. Multa aplicada com razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso improvido”.

(Apelação nº 0034246-14.2010.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público, rel. Des. VERA ANGRISANI, julgada em 17.1.2012).

3. A alegação de incompetência do PROCON para a lavratura do AIIM não deve ser conhecida, porque não debatida em 1º grau, de modo que configura indevida inovação recursal, sob pena de vulneração do devido processo legal e do contraditório.

Mas ainda que assim não fosse, o autor foi autuado por violação à Lei Estadual 13.226/08, logo, cabe à referida fundação sancioná-lo.

Além disso, beira a má-fé a alegação de inconstitucionalidade da Portaria 26/06, porque não só este Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a questão, reconhecendo sua plena constitucionalidade, como tal fato foi lembrado pela sentença:

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“EMENTA: CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada”.

(Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, Órgão Especial, rel. Des. ROBERTO MAC CRACKEN, julgada em 14.3.2012).

Mas ainda assim o autor insiste em veicular argumentos sem qualquer fundamento.

4. No mérito, melhor sorte não assiste ao autor, pois o PROCON demonstrou cabalmente as ligações realizadas, informando os reclamantes, as datas das ligações, de quais telefones partiram e para quais foram feitas (fls. 26/28).

Não bastasse, o PROCON juntou mídia com o teor das gravações das ligações (fl. 29).

E a sentença bem explicou a razão da manutenção da autuação (fls. 1622/1623):

“Em primeiro lugar, verifica-se que os números de telefone relacionados pelo PROCON na mídia vinculada a este feito encontram-se devidamente registrados naquele órgão, no âmbito da Lei 13.226/08, ou seja, não podem receber ligações de telemarketing, por manifestação expressa do seu titular, sendo que o desrespeito deste desejo explicitado pelo consumidor configura prática abusiva e enseja a aplicação da penalidade pecuniária.

No tocante à origem das linhas telefônicas e à efetiva realização das ligações, ademais, para além das gravações dos contatos realizados pela Fundação PROCON junto aos números informados pelos consumidores, extrai-se do ofício de fls. 838/839 que o autor de fato era a assinante da linha "(11) 3646-3000", bem como que efetuou ao menos três chamadas para a reclamante Adriana Coutinho Storto em 24 de setembro de 2.010 (fls. 1247), ou seja, após o cadastro da linha nos termos da Lei nº 13.226/08 e Decreto nº 53.921/08.

Verifica-se, desse modo, o conjunto probatório amealhado aos autos se presta exclusivamente a corroborar o que restou decidido no bojo do processo administrativo instaurado pela requerida, não detendo o mínimo de embasamento as frágeis alegações feitas pelo requerente”.

5. Também não houve desproporcionalidade ou irrazoabilidade na

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aplicação da multa.

O art. 57 do CDC estipula os seguintes critérios a serem observados pela autoridade quando da lavratura de auto de infração:

*“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”.*

Depreende-se da manifestação técnica constante do auto, homologada pela Diretoria (fl. 68), que o PROCON explicou a forma pela qual valorou cada um dos critérios acima (fls. 52/65, em especial, fls. 62/64).

Já o autor suscita princípios os mais genéricos (proporcionalidade e razoabilidade) sem o mais remoto substrato fático ou concreto que indique qualquer violação.

Por sinal, afirma ser desproporcional a multa, mas não indica nem mesmo em relação ao que haveria a alegada desproporção.

6. Os honorários foram fixados em 10% do valor atualizado da causa, em estrita observância ao art. 85, § 2º, do NCPC.

Note-se que tal percentual é o valor mínimo estipulado pelo legislador, de modo que inexistente qualquer ilegalidade.

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