



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000770401

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1045714-06.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BK BRASIL OPERAÇÃO E ASSESSORIA A RESTAURANTES S/A, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral do(a) Dr(a). Marco Antonio da Costa Sabino, 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 MARIA LAURA TAVARES (Presidente) E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 20 de setembro de 2021.

HELOÍSA MARTINS MIMESSI
RELATORA
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação Cível nº 1045714-06.2020.8.26.0053

Apelante: Bk Brasil Operação e Assessoria A Restaurantes S/A

Apelado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon

Comarca: São Paulo

Voto nº 15.019

APELAÇÃO CÍVEL. Pretensão de anulação da multa aplicada pelo Procon por infração ao art. 37, § 1º do CDC, ou, subsidiariamente, de redução do valor da sanção imposta. Autuação por propaganda enganosa. Promoção de denominado “Whopper Páscoa”, anunciando lanche especial, confeccionado com produtos de chocolate, “só nesse domingo 01/04/18”. Dia da Páscoa coincidente com o dia 1º de Abril.

Contraditório e ampla defesa devidamente observados no procedimento administrativo. Presunção de legalidade do ato administrativo. Consumidores que foram levados a erro, dirigindo-se às lojas da empresa, quando, então, eram informados da “brincadeira”. Inexistência de clareza do anúncio quanto a tal circunstância. Norma consumerista que se destina à proteção de todos os consumidores e não apenas aos atentos ou bem informados. Sanção aplicada conforme as normas de regência. Inexistência de previsão legal de que a base de cálculo deveria ser restrita às atividades da empresa no Estado de São Paulo. A análise da condição econômica do autuado visa apurar sua potência de mercado e não sua situação no local de competência do Procon. Bis in idem não configurado, eis que não foi comprovado que a empresa tenha sofrido autuações – ou mesmo averiguações – em qualquer outra unidade de Federação. Obtenção do valor da receita por estimativa: possibilidade, nos termos do art. 34 da Portaria Procon nº 34. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

Tempestiva apelação interposta por *BK Brasil Operação e Assessoria a Restaurantes S.A.* contra a r. sentença de fls. 564/574, que julgou improcedente a ação anulatória ajuizada em face da *Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon*, via da qual a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

autora busca a anulação da multa imposta no Processo Administrativo nº 35543-D8/13 ou, subsidiariamente, a sua redução. A autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor de causa (este, estabelecido em R\$450.740,00).

Em suas razões recursais, a apelante sustenta, em apertada síntese, que o processo administrativo que culminou na multa aplicada é nulo, por violação à ampla defesa e por ausência de motivação, e que na fase de averiguação administrativa a empresa já havia sido considerada previamente condenada, sem mesmo ser ouvida. Argumenta que os pontos levantados no processo administrativo não foram nem mesmo levados em consideração. Alega ser vedada a decisão abstrata, dissociada das consequências, como foi o caso. Aduz não ter havido publicidade enganosa no caso, eis que o consumidor não foi induzido a erro em nenhum momento. Faz um levantamento sobre a utilização do dia da mentira na publicidade, afirmando tratar-se de prática comum, que não tem o condão de iludir o consumidor. Sobre a restrição à propaganda enganosa traz precedentes da Corte Suprema norte americana. Defende, subsidiariamente, que o valor da multa foi calculado com vício e apresenta carácter absolutamente desproporcional, sobretudo porque foi utilizada como base a receita bruta nacional da empresa, ao passo que o PROCON – SP é órgão de competência estadual. Sustenta que a multa deveria ter sido atenuada, uma vez que o BK adotou, de imediato, providências para minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo (art. 34 da Portaria Procon 45/2015), ao oferecer um sorvete aos consumidores que iam às lojas fazendo pedido



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do produto oferecido e que não existia.

Contrarrazões às fls. 642/688 pelo não provimento do recurso.

FUNDAMENTOS E VOTO.

A autora foi autuada porque, em 2018, “conforme material/mídias divulgadas nas redes sociais Facebook e Youtube (documentos anexos), promoveu nos dias anteriores à data popularmente conhecida como 'Dia da mentira' (coincidentemente, no mencionado ano, a data da comemoração da páscoa), campanha publicitária do sanduiche 'whopper páscoa', com apresentação similar aos produtos habitualmente comercializados pela autuada e composição temática vinculada à data festiva, contendo pão de chocolate, brownie de chocolate grelhado no fogo, geleia de framboesa, anéis de chocolate branco, laranja vermelha cristalizada, folhas de chocolate ao leite e cobertura de baunilha, informando ao final da mensagem que estaria disponível 'só nesse domingo – 01/04/18 – Será?'. Todavia, não comercializou na data divulgada o respectivo produto, frustrando a justa expectativa do público consumidor, uma vez que já lançou e comercializou produtos similares” (fls. 102).

A conduta foi enquadrada pelo Procon no art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor e resultou na aplicação de pena de multa, prevista no art. 56, I, c.c. art. 57 da mesma lei.

Alega a empresa autora, em síntese, que o procedimento administrativo não obedeceu a ampla defesa e o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

contraditório e que, ainda, não houve no caso propaganda enganosa, mas apenas uma maneira mais agressiva de fazer publicidade, típica da empresa, e que não feriu o direito dos consumidores.

Sem razão, contudo.

Inicialmente, verifica-se que o procedimento administrativo atendeu aos ditames legais, observado o contraditório. Aberto o procedimento administrativo (fls. 101) foi lavrado o auto de infração de nº 35543-D8 (fls. 102), oportunizando-se à empresa o oferecimento de defesa. Anote-se que o auto de infração foi primeiramente lavrado consignando-se apenas que a parte estaria sujeita à sanção prevista nos artigos 56 e 57 do CDC, informando-se que, a depender de posterior apuração a pena poderia ser atenuada ou agravada.

O auto de infração foi elaborado tendo em vista uma apuração primária realizada pelo Procon, que, especialmente mediante notícias de mídia, pôde realizar uma contextualização dos fatos, a concluir que, oferecido o produto sem que ele fosse disponibilizado, houve a propaganda enganosa.

Às fls. 196 dos autos (83 do processo administrativo), consta defesa administrativa da apelante feita por escritório de advocacia. Nesse primeiro momento a empresa teve a oportunidade de desenvolver seus argumentos e teses.

Após a formação do contraditório, houve “manifestação técnica da diretora adjunta de programas especiais em processos administrativos com defesa” às fls. 317/322, na qual opinou-se pela subsistência do auto de infração. Por sua vez, em parecer, a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Procuradoria do Estado se manifestou nos termos do art. 63, VI, da Lei Estadual nº 10.177/98, também pela subsistência do auto de infração (fls. 323).

Finalmente, houve a decisão administrativa de fls. 324, que adotou a manifestação técnica como razão de decidir para manter o auto de infração. Houve a compensação entre uma circunstância atenuante e uma circunstância agravante, respectivamente, ser o infrator primário e, por outro lado, ter a infração ocasionado dano de caráter coletivo, em razão de a publicidade atingir um número de consumidores indeterminados, resultando na manutenção da pena-base de R\$450.740,00.

Houve ainda a interposição de recurso administrativo (fls. 332/346), ao qual foi negado provimento, diante da manifestação técnica em grau recursal (fls. 404/407).

Do relato acima feito, pode-se verificar que, ao contrário do afirmado, houve a efetivação do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo. A instituição, com seu saber técnico e larga experiência na área, mesmo ouvida a parte, considerou que a conduta realizada pela empresa ora apelante caracterizou a propaganda enganosa. A situação dos autos não se encaixa nas situações elencadas no art. 489, § 1º, incisos I e III do CPC, pois a manifestação técnica é relativa ao caso concreto, daí que sua adoção em nada se assemelha às situações em que se adotam fórmulas ou motivos aplicáveis a qualquer caso, ou mera reprodução de ato normativo. Esta Corte, aliás, endossa, a orientação de que “nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la” (art. 252 do Regimento Interno) e tal procedimento é validado também pelas Cortes Superiores, como se pode observar, dentre outros, do MS 25.936/DF, Relator Min. Celso de Mello, j. 18.09.2009, e do RESp. 1.194.768-PR, Ministro Castro Meira, j. 25.10.2011.

Não há, tampouco, qualquer teratologia ou imprecisão nos autos administrativos a elidir a presunção de legitimidade dos atos administrativos do Procon. Observe-se que em casos como o presente, havendo órgão administrativo especializado, ao Judiciário resta o controle de legalidade da administração pública. Nesse sentido vejam-se os seguintes acórdãos recentes desta Corte Estadual:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. MAGAZINE LUIZA. PROCON/SP. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÃO DE REFORMA. IMPOSSIBILIDADE. Arguições preliminares que se confundiriam com o mérito, sendo junto dele analisadas. Decisão recorrida cujos termos devem ser mantidos por seus próprios fundamentos (RITJSP, art. 252). Precedentes do STJ. **Controle do Poder Judiciário que deve se limitar a apreciar a legalidade do ato administrativo, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes.** Conjunto probatório que demonstra ausência de produtos disponíveis em estoque a despeito dos anúncios por meio de folhetos disponíveis aos consumidores. Conduta abusiva. Ausência de comprovação pela autora, como apresentação de controle de estoque do estabelecimento fiscalizado. Precedentes desta Corte. Honorários advocatícios bem fixados, considerados os predicados previstos na lei processual (CPC, art. 85, § 2º). Sentença mantida. Não majoração da verba honorária em grau recursal, pois alcançado o limite de 20% (CPC, art. 85, §§ 3º, I, e 11). Recurso não provido.*

(TJSP; Apelação Cível 1017869-96.2020.8.26.0053; Relator (a): Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/08/2021;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Data de Registro: 09/08/2021)

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Apelação Cível – Embargos à execução fiscal – Multa administrativa aplicada pelo PROCON - Município de Campinas – Sentença de improcedência – Nulidade da CDA – Não ocorrência – Título executivo que preenche os requisitos legais previstos no art. 202 do CTN e art. 2º, § 5º, da Lei 6830/80 – Não ocorrência de violação do direito à ampla defesa – Multa aplicada de acordo com a observância das normas de regência, nos limites contidos na legislação, observada a proporcionalidade e razoabilidade – Ausência de caráter confiscatório - **Impossibilidade de redução – Controle do Poder Judiciário que deve se limitar a apreciar a legalidade do ato administrativo, sob pena de violação ao princípio da separação os poderes - Presunção de liquidez e certeza não ilidida** - Sentença mantida – Recurso não provido - Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição - Pretensão de prequestionamento - Recurso com caráter infringente - Impossibilidade de se reabrir a discussão sobre ponto já apreciado na solução do litígio - Embargos de declaração rejeitados.*

(TJSP; Embargos de Declaração Cível 1007713-38.2019.8.26.0068; Relator (a): Raul De Felice; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/01/2021; Data de Registro: 07/01/2021)

Apelação - Ação anulatória de multa administrativa - Alegação da empresa autora que teve instaurado contra si procedimento administrativo decorrente de suposta violação ao Código de Defesa do Consumidor, que culminou na aplicação de multa, bem como alega que a penalidade é indevida, pois para a fixação da multa não foram considerados a razoabilidade e proporcionalidade – Pretensão de declaração de nulidade da multa ou, alternativamente, sua redução - Descabimento – Multa aplicada pelo PROCON no valor de R\$ 17.631,00 - Penalidade aplicada de acordo com os critérios estabelecidos pelos arts. 56, I, e, 57 ambos do Código de Defesa do Consumidor - Portaria nº 26/2006 que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pelo Procon para a correta individualização da pena pecuniária - Ausência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Ausência de caráter confiscatório - Princípio do não confisco - Severidade que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

se faz necessária, para evitar recidivas, bem como para efetivamente tutelar os direitos assegurados aos consumidores - Constitucionalidade incontestada do art. 57 do CDC - Constitucionalidade da referida Portaria já reconhecida pelo Colendo Órgão Especial desta E. Corte - Ato e mérito administrativo - Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos - Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e desta E. 11ª Câmara de Direito Público - Sentença que julgou improcedente a ação, mantida - Recurso improvido.
(TJSP; Apelação Cível 1046686-21.2019.8.26.0114; Relator (a): Marcelo L Theodósio; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/11/2020; Data de Registro: 18/11/2020)

E, na hipótese, a autoridade administrativa acertou ao considerar a ocorrência de propaganda enganosa.

Não é demais dizer que o CDC expressamente dispõe que “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30). Desse modo, qualquer informação que induza a erro o consumidor a respeito da “natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados” seja do produto, seja do brinde ofertado conjuntamente com aquele, configura publicidade enganosa.

Nesse sentido, dispõe o art. 37, § 1º, do CDC:

*Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
(...)*

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Despicienda, na hipótese dos autos, qualquer discussão acerca do intuito do fornecedor ao veicular a informação, pois, como ensina Herman Benjamin, “*na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a prudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno. Logo, sempre que o anúncio for capaz de induzir o consumidor em erro – mesmo que tal não tenha sido querido pelo anunciante –, caracterizada está a publicidade enganosa. (...)*

Tudo que se exige é a prova de que o anúncio possui a tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria insignificante de consumidor (...).”¹.

No caso dos autos, restou suficientemente demonstrado que, de fato, ao anunciar um produto que não existia, a empresa levou diversos consumidores a erro. Não se desconhece que à publicidade também deve ser conferido o direito de liberdade de expressão; inclusive com a possibilidade de criação de conteúdos lúdicos, engraçados e inusitados. Porém, o essencial é que as informações sejam precisas, de modo a não criar expectativas falsas ou desatendidas.

Há, por sua vez, que se diferenciar hipóteses em

¹ Benjamin, Antonio Herman V. Manual de direito do consumidor / Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. – 8 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 309.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que, pela sua natureza, o consumidor logo percebe tratar-se de uma “brincadeira” (que o fornecedor, portanto não realizará), das hipóteses em que, pelo contexto, o consumidor é ludibriado, ou mesmo levado à dúvida. No caso dos autos, é evidente que muitos consumidores foram levados à dúvida e frustração, como demonstra o documento de fls. 110 e seguintes. A utilização da expressão “será?” no anúncio inicial, a que se reporta a demandante (fls. 334/339, dentre outras), não foi suficientemente clara para alertar os muitos consumidores que se deslocaram às suas lojas. Tampouco o foi, a mensagem divulgada em suas redes, no próprio dia 1º de abril: “Sabe como é, hoje é Páscoa, mas a gente é time 1º de Abril” (fls. 339), conteúdo que, a par da manifesta falta de clareza, ainda não foi divulgado com antecedência, como o fora o anúncio inicial.

Ademais, anteriormente a empresa já tinha lançado e comercializado produtos similares, como “chocofritas de Ovomaltine” e “sundae de bacon” (fls. 102), contexto em que, é lícito concluir que os consumidores se imbuíram de legítima expectativa de que o produto anunciado estava à sua espera nas lojas da autora.

É possível concluir, ainda, que com a utilização de tal expediente, a autora atraiu a suas lojas consumidores que, não encontrando a novidade anunciada, acabaram por comprar outros produtos de sua linha.

Ressalte-se que o anunciante não deve ter em mente apenas “consumidor médio” de sua marca, pois na “avaliação do potencial induzimento em erro do anúncio, considera-se não apenas o consumidor bem informado e atento, mas também aquele outro que seja



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ignorante, desinformado ou crédulo. Afinal *'aquilo que for enganoso para um consumidor pode não sê-lo, em alguns casos, para outros'*². Desse modo, o fato de o anúncio ter sido veiculado apenas nas redes sociais da empresa e em outros sítios da internet não é fator apto a absolver a conduta, uma vez que qualquer pessoa, inclusive a que não conhece bem o perfil da empresa, pode navegar nestes espaços digitais. De se observar, ainda, que os produtos e ingredientes alegadamente componentes do denominado *whopper páscoa*³ são itens que se pode elaborar, ou mesmo encontrar prontos nas lojas de produtos alimentícios, tornando inviável ao consumidor médio verificar qualquer traço de mendacidade ou galhofa na publicidade em discussão.

Tampouco o fato de as lojas terem oferecido um sorvete casquinha a quem pedia o *whopper de páscoa* exime a empresa de sua responsabilidade.

Comprovada a infração, revela-se legal a autuação da apelada, inclusive quanto à aplicação da pena de multa.

Quanto ao valor da multa aplicada, observo que a dosimetria se encontra de acordo com a legislação. O artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, determina os patamares para a cominação de multa, a saber:

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

² Benjamin, Antonio Herman V. Op. cit. p. 310.

³ pão de chocolate, brownie de chocolate grelhado no fogo, geleia de framboesa, anéis de chocolate branco, laranja vermelha cristalizada, folhas de chocolate ao leite e cobertura de baunilha – fls. 102, 334/335



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

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. [\(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993\)](#)

Assim, para a fixação da sanção pecuniária, deve-se levar em consideração a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. Por sua vez, a atual Portaria normativa 45 do Procon esmiúça tais fatores a serem levados em conta na fixação do *quantum*.

Na hipótese dos autos, o cálculo para o atingimento da pena base foi devidamente realizado, levando-se consideração os parâmetros da Portaria, conforme atesta o documento de fls. 147. A pena imposta é razoável, tendo em vista especialmente a gravidade da infração (Grupo III, de acordo com fatores objetivos da normativa) e a condição econômica da empresa, levando-se em consideração seus três últimos faturamentos presumidos.

A apelante aduziu administrativamente (fls. 231 e seguintes) que a receita considerada para a fixação da multa deveria ser circunscrita ao Estado de São Paulo, onde o Procon tem competência. Assim, requereu nos autos administrativos que fosse usada a receita conforme apurada nos arquivos de ICMS – GIAs fornecidas.

Razão não lhe assiste.

Não há qualquer previsão na legislação de que a base de cálculo deveria ser restrita às atividades da empresa no Estado de São Paulo. O critério em questão não apenas é destituído de amparo legal, como ainda colide com a finalidade da regra, que é a de amoldar à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sanção à condição econômico-financeira do fornecedor e, por evidente, tal condição, tratando-se de empresa presente em todo o território nacional, não se circunscreve ao território paulista. Nesse sentido os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PREÇO DO PRODUTO OU SERVIÇO. INFRAÇÃO AO ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. CONHECIMENTO EX OFFICIO.

1. Verificar se os produtos expostos na loja possuíam preços e se existe comissão permanente para elaboração, revisão e atualização das normas infralegais no Estado de São Paulo esbarra em reexame do contexto fático-probatório da lide, vedado ao STJ, nos termos de sua Súmula 7.

2. Aplicou-se multa à recorrente com base em dispositivos legais, arts. 31, 56, I, e 57 do CDC, conforme se verifica do Auto de Infração em anexo (fl. 22, e-STJ).

3. As normas e princípios do CDC são de ordem pública e interesse social, devendo ser aplicados imperativamente, inclusive pelo juiz, por serem de conhecimento ex officio.

4. O preço representa elemento informativo essencial sem o qual se usurpa do consumidor o mais básico dos seus direitos econômicos - a livre escolha no mercado. Onde falta preço correto, claro, preciso, ostensivo e em moeda nacional, inexiste a rigor liberdade plena na relação de consumo, pois inviabilizada a comparação com produtos e serviços similares. É grave atentado simultâneo a duas ordens jurídicas: ao Direito do Consumidor e ao Direito da Concorrência.

5. Sanções administrativas apresentam, a um só tempo, função punitiva (= repressiva) e função inibitória (= dissuasiva ou pedagógica), aquela destinada à reprimenda por ato já praticado, esta com a finalidade de desencorajar comportamento ilícito futuro, do próprio infrator (= dissuasão especial) ou de terceiros (= dissuasão geral). Haverão de ser fixadas em patamar que, no caso concreto, respeite a razoabilidade, de modo a rechaçar ora o caráter exagerado ou confiscatório, ora, no outro extremo, a irrisoriedade, que destrói a credibilidade da medida e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

permite ao infrator computá-la como "custo normal e não do negócio". Daí que no cálculo da multa amiúde se deve levar em conta o faturamento bruto do fornecedor, e não o lucro específico com o ato ilícito em questão, pois do contrário, na prática, se equiparam injustamente, pela via transversa, pequeno e grande empresário.

6. *Recurso Especial não provido.*

(REsp 1419557/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 07/11/2016)

*ANULAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA – PROCON – Pretensão de invalidação de multa aplicada pela Procon, por não garantir o acesso das pessoas com deficiência auditiva ou de fala a Serviço de Atendimento ao Consumidor – Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público que não impede a autuação pela Procon – Independência das esferas civil e administrativa – Inteligência do art. 56 do CDC – Precedentes – **Cálculo do valor da multa que não deve levar em conta apenas a receita bruta das agências situadas no Estado de São Paulo – Falta de amparo legal e violação à finalidade de amoldar a sanção à capacidade econômica do infrator – Sentença mantida – Recurso não provido.***

(TJSP; Apelação Cível 0036433-29.2009.8.26.0053; Relator (a): Manoel Ribeiro; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/03/2017; Data de Registro: 29/03/2017)

Apelação Cível – Ação Anulatória – Multa aplicada pelo PROCON/SP – Propaganda abusiva direcionada ao público infantil – Campanha "Guga K. Power Games" - Abusividade não demonstrada – Campanha "Hello Kitty Fashion Time" – Abusividade demonstrada – Publicidade que induz as crianças a comportamentos inadequados para a sua idade - Ofensa ao § 2º, do art. 37, do CDC – Manutenção da penalidade relativa à segunda infração - Aplicação de penalidade na forma do artigo 57, da Lei nº 8.078/1990 e Portaria Normativa do PROCON – Cálculo da multa que deve levar em consideração a receita bruta média mensal - Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Apelação Cível 0014636-55.2013.8.26.0053; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes -



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/12/2018; Data de Registro: 19/12/2018)

Apelação Cível Anulatória Multa aplicada pelo PROCON/SP Realização de ligações telefônicas de telemarketing para consumidores que estavam inscritos há mais de 30 dias no cadastro para o bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing Prática abusiva - Infração ao CDC configurada - Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e da Portaria Normativa nº 26/06 do PROCON - Legalidade dos critérios objetivos fixados pela Portaria Normativa nº 26/06 Sentença reformada Reexame necessário e recurso da ré providos para julgar improcedente o pedido inicial, invertidos os ônus sucumbenciais.

(TJSP; Apelação Cível 0013394-61.2013.8.26.0053; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/10/2014; Data de Registro: 17/10/2014)

Importante ter-se em conta a legislação de vigência, no caso, a portaria Procon 45, que regulamentou o CDC. Veja-se:

Art. 32. A condição econômica do autuado 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.

§ 1º A média da receita mensal bruta estimada pelo Procon-SP poderá ser impugnada, no processo administrativo, no prazo da defesa, a contar da citação do autuado, sob pena de preclusão, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos, ou quaisquer outros que os substituam por força de disposição legal:

- I – guia de informação e apuração de ICMS – GIA, com certificação da Receita Estadual;*
- II – declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;*
- III – demonstrativo de resultado do exercício – DRE, publicado;*
- IV – declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal;*
- V – sistema Integrado de Pagamento de Impostos e*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado.

§2º Na hipótese de fornecedor que desenvolva atividade de fornecimento de produto e serviço, será necessária a apresentação de documentos que comprovem a receita bruta auferida em ambas as atividades, observada a relação constante do parágrafo anterior.

§3º A receita considerada será referente a do estabelecimento onde ocorrer a infração, salvo nos casos de infrações que atinjam outros estabelecimentos do mesmo titular, caso em que suas receitas também deverão ser computadas.

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.

Não sendo o caso de utilização da receita estadual e não havendo nos autos administrativos a efetiva demonstração do faturamento nacional, o Procon corretamente fez uso da receita por estimativa, nos termos do art. 32 da Portaria 45.

Com efeito, não houve contestação administrativa da receita nacional da empresa. A empresa apenas alegou que deveria ser considerada a receita auferida no Estado de São Paulo, e, assim, juntou as guias de pagamento de ICMS de forma a que fosse este o valor levado em conta para o cálculo, nos termos do art. 32 da Portaria 45. Assim, a autoridade houve por bem utilizar o faturamento presumido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Por sua vez, a alegação de *bis in idem* não cabe nesse momento de forma genérica, na medida em que a apelante não comprovou ter sido autuada ou estar sendo averiguada por algum Procon de outra unidade da federação.

Por derradeiro, descabida a alegação de que, na fixação da multa, deveria ser considerada circunstância atenuante, nos termos do art. 34 da Portaria 45, o fato de que as lojas ofereciam um sorvete aos consumidores que chegassem pedindo o produto inexistente. A providência, na verdade, apresentou-se mais voltada a minimizar a provável reação furiosa dos consumidores, do que a lhes mitigar o dano, para o que, de se exigirem da autora providências mais efetivas e pertinentes.

À vista do analisado, **NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.**

Nos termos do art. 85, §11 do CPC, ficam majorados os honorários de sucumbência para 12% do valor da causa.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observado o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006, p. 240).

Sujeitam-se à forma de julgamento virtual em sessão permanente da 5ª Câmara de Direito Público eventuais recursos previstos no art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste E. Tribunal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

deduzidos contra a presente decisão. No caso, a objeção deverá ser manifestada no **prazo de cinco dias** assinalado para oferecimento dos recursos mencionados no citado art. 1º da Resolução. A objeção, ainda que imotivada, sujeitará aqueles recursos a julgamento convencional.

HELOÍSA MIMESSI
Relatora