Registro: 2017.0000899522

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1052191-84.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 22 de novembro de 2017

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 12.210 (processo digital)
APELAÇÃO Nº 1052191-84.2016.8.26.0053
Nº ORIGEM: 1052191-84.2016.8.26.0053
COMARCA: SÃO PAULO
APTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
APDO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP
MM. JUIZ DE 1º GRAU: Alberto Alonso Muñoz

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - Auto de Infração – PROCON – Direito do consumidor à proteção contra práticas abusivas.

Inobservância da determinação legal, contida no artigo 39, "caput" do Código de Defesa do Consumidor pela empresa apelante – Prática abusiva nas dependências da empresa - Auto de infração lavrado pelo PROCON por comentimento de irregularidade em face de consumidor menor de idade consistente em sua submissão a constrangimento, cerceamento de defesa e inquirição.

Penalidade imposta pelo PROCON nos termos do que dispõem o art. 56 do CDC, ante a prática abusiva constatada - PROCON detém competência material e formal para fiscalizar e aplicar sanção relativamente à violação dos direitos dos consumidores.

Alegações de que, no caso dos autos, a multa é desproporcional e confiscatória - Afastamento de referidas alegações, considerando a demonstração de que a estipulação da multa observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na oportunidade em que fixada - Fundação requerida que estipulou o valor da multa com base na média da receita dos últimos 03 meses anteriores à data da lavratura do auto de infração imposto à empresa autuada e gravidade da infração praticada.

R. sentença de improcedência mantida.

VERBA HONORÁRIA – MAJORAÇÃO, nos termos do art. 85, do CPC/2015.

RECURSO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Vistos.

Trata-se de *"ação anulatória com pedido liminar"*, ajuizada pela COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR –

PROCON/SP, alegando,em síntese, que: a) por meio do processo administrativo n° 4253/12-ACP (AI 05911-D8) a Ré aplicou uma multa no valor de R$ 458.240,00, alegando cometimento de ato irregular; b) apresentou defesa, que foi desacolhida pela ré, e posteriormente foi apresentado recurso que também foi negado, mantendo a multa; c) não cometeu nenhuma conduta infrativa e o auto de infração é nulo de pleno direito; d) o auto de infração foi lavrado com base no Inquérito Policial n° 431/2011, que foi instruído por depoimento dos funcionários do Hipermercado Extra e dos menores, havendo diversas contradições nos depoimentos; e) o auto de infração não poderia ser lavrado apenas com base no Inquérito Policial, pois tal procedimento visa apenas a apuração de fatos, não comprovando de forma alguma o ocorrido; f) houve nulidade do processo administrativo com fundamentação de que há ilegitimidade passiva, sustentando que a empresa que opera a loja situada no endereço citado é a Novasoc Comercial Ltda e a filial da autora que atua no local é apenas um depósito, aduz, também, que a autora e a empresa NOVASEC são empresas totalmentes distintas, de forma que uma não pode responder administrativamente por ato de responsabilidade e pelo risco do negócio da outra; g) há nulidade do processo administrativo tendo em vista a ausência de pressuposto de validade do ato administrativo de fiscalização e sanção por fato individual com reflexo coletivo e a multa aplicada é de um valor que não condiz com um fato único; h) há nulidade do processo administrativo pela violação do princípio da vedação ao "*Bis in Idem*", tendo em vista a autuação anterior do PROCON em processo administrativo que versava sobre o mesmo fato; i) o PROCON/SP não tem competência para atuar em relação aos fatos, e o fato narrado não seria uma infração ao Código de Defesa do Consumidor, e sim um crime de cárcere privado e ameaça; j) há insubsistência do auto de

infração, tendo em vista que este foi instruído apenas com base no inquérito policial instaurado para apuração dos fatos denunciados, que não foi sequer concluído; h) os atos administrativos gozam de presunção de veracidade, mas isso se dá quando o próprio agente fiscalizador verifica e atesta a conduta infrativa; i) não há presunção de veracidade se o agente fiscalizador se baseia em fatos que ainda estão em apuração; j) o auto de infração tem que se basear em fatos comprovadamente ocorridos, sob pena de ter uma motivação falha, o que não pode ser admitido, pois o ato administrativo necessariamente tem que ser motivado e essa motivação tem que corresponder à realidade fática; k) a multa foi calculada com base em uma estimativa de receita média mensal bruta da Autora de R$ 150.000.000,00, que está totalmente equivocada. As Guias de Informação e Apuração de ICMS - GIA's juntados no processo administrativo às fls. 138 a 198 comprovam que a receita mensal média da loja era de R$ 976.065,44, a loja Hipermercado Extra não é operada pela Autora Companhia Brasileira de Distribuição, mas sim pela Novasoc Comercial Ltda., sendo que a Autora tem no local apenas um depósito. Todas as vendas são realizadas pelA Novasoc Comercial Ltda. e, por essa razão, foram apresentadas para impugnar a receita mensal média as GIA's da Novasoc Comercial Ltda, desta forma a multa devida seria na importancia DE R$ 44.281,96; l) a pena deveria ser reduzida de um terço à metade, nos termos do artigo 34 da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015, tendo em vista que a Autora é primária, não tendo havido qualquer condenação na esfera administrativa pelos mesmos fatos que deram ensejo ao auto de infração. Portanto, a multa deveria ter sido fixada entre R$ 22.140,98 e R$ 29.521,31. Pugna pela concessão da tutela antecipada para suspender a exigibilidade da multa aplicada pela Ré e a baixa da inscrição da multa na dívida ativa até que a presente ação seja julgada em definitivo, se necessário,

poderá efetuar o depósito judicial do valor da multa. Pretende a anulação da multa aplicada pela Ré, decorrente dos fatos descritos na inicial. Subsidiariamente, pede que a multa seja reduzida, para o patamar entre R$ 22.140,98 e R$ 29.521,31.

O depósito judicial do valor integral do débito consubstanciado na CDA nº 1.218.936.327, para garantia da tutela de urgência da autora foi deferido às fls. 673, conferindo-se a suspensão da exigibilidade do crédito (fl. 692), com depósito à fl. 706.

A FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON apresentou contestação às fls. 694/704. Réplica às fls. 709/717.

Em cumprimento da decisão de fl. 705, a ré apresenta especificação de provas, pleiteando pela produção de prova testemunhal, pericial e documental, e a autora às fls. 718/719.

A r. sentença (fls.721/726), cujo relatório adoto, julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

> *"Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e EXTINGO o processo, resolvendo-lhe o mérito nesta fase processual, na forma do art. 487, I do Código de Processo Civil. Em relação à sucumbência, condeno a parte autora a suportar as custas processuais e a verba honorária, que fixo no percentual mínimo do valor da causa nos termos do art. 85, § 3º do CPC..."*

A COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUÇÃO interpõe recurso de apelação às fls. 729/751 sustentando, em síntese, que:

a) o auto de infração que deu ensejo ao ajuizamento desta ação é eivado de nulidades e inconsistências, foi lavrado em face da pessoa jurídica errada; foi lavrado com base em inquérito policial, instruído com base na versão dos menores envolvidos, sem a devida garantia do contraditório, foi lavrado com base em uma ocorrência claramente caracterizada como um fato isolado, sem qualquer repercussão coletiva, foi lavrado com vício de motivação, na medida em que a prática indicada no auto como infrativa, não se enquadra como prática abusiva, nos termos do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor; b) a multa aplicada pela Apelada configura "bis in idem" na medida em que antes mesma da autuação ora atacada, já estava sendo investigada na esfera administrativa pela Coordenação de Políticas para a População Negra e Indígena, pelo mesmo fato que foi objeto da autuação do PROCON e, ainda, com a mesma motivação jurídica, qual seja prática de intimidação e constrangimento; c) a multa aplicada pelo PROCON não se ateve a proporcionalidade e à proporcionalidade, pois se trata de valor absurdamente excessivo, tendo a apelada utilizado-se do faturamento da pessoa juríca equivocada; d) não é detentora da legitimidade passiva no processo administrativo tramitado pela Fundação Procon, restou efetivamente demonstrada, na medida em que não era, na ocasião da autuação pela Fundação Procon, responsável pela administração da loja em que ocorreram os fatos. Conforme se verifica do comprovante de inscrição no CNPJ de fls. 654, a empresa que opera a loja situada no endereço acima citado é a NOVASOC COMERCIAL LTDA; e) o fato de constar expressamente parte no campo de Complemento da ficha de fls. 120, demonstra a existência de um anexo, no qual está estabelecida uma empresa jurídica distinta, qual seja a Companhia Brasileira de Distribuição, cujo CNPJ de n.º 47.508.411/0677-30, é distinto do CNPJ da loja autuada. Portanto, a empresa que fica no endereço

principal é a Novasoc, que é quem efetivamente operava a loja e emitia as notas fiscais de venda aos clientes; f) há nulidade evidente do auto de infração e do processo administrativo ora impugnados, na medida em que a identificação do infrator no auto de infração, que é requisito essencial de validade do mesmo foi lançada de forma errônea, sendo esse erro evidente, já que a empresa que opera a loja Hipermercado Extra objeto da autuação é a Novasoc Comercial Ltda. e não a Apelante. Tem-se, portanto, ilegitimidade passiva, vício esse insanável, uma vez que acarreta a violação dos princípios: da legalidade; do contraditório e da ampla defesa; g) a natureza jurídica da multa administrativa é totalmente diversa da natureza da relação consumidor/fornecedor, e por isso deve ser interpretada de forma distinta, à luz dos princípios do Direito Administrativo; h) é importante ressaltar que a atribuição da conduta pelo agente fiscalizada à Companhia Brasileira de Distribuição teve prejuízo para a defesa no auto de infração, pois a multa é calculada sobre a receita mensal média do autuado. Como a loja é operada pela Novasoc, na fase administrativa, foi apresentada o seu faturamento para cálculo da multa. A Apelada não aceitou os documentos apresentados de comprovação da receita sob a alegação de que a receita deveria ser da Companhia Brasileira de Distribuição, mantendo a estimativa de receita astronômica que deu ensejo a uma multa ele; i) a r. senteça merece ser reformada, pois ao contrário do que o juízo *a quo* interpretou, os fatos narrados no auto de infração não merecem ser enquadrados no caput do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que os adolescentes supostamente ameaçados encontravam-se na posição de consumidores do hipermercado e que, portanto, teriam direito ao recebimento de um serviço que fosse prestado com respeito e igualdade, o que não teria ocorrido, considerando o teor da abordagem dada aos menores no interior do

estabelecimento; j) no caso dos autos, a condenação da autuada no processo administrativo e consequente improcedência da ação ocorreu com base em meras suposições, haja vista que até o momento, não houve a comprovação dos fatos, ou ainda, a condenação dos supostos funcionários infratores nas instâncias cível e criminal. Não se pode ter certeza de que os menores Thyverton, Wendel e Márcio falaram a verdade e que os funcionários da loja mentiram, pois os fatos ainda estavam sendo apurados. Todos são inocentes até que se prove o contrário; k) os depoimentos dos menores não são consistentes, ou seja, a autuação e a sentença estão baseadas única e exclusivamente nos depoimentos contraditórios dos menores que são partes interessadas, sem que houvesse uma única testemunha que pudesse comprovar os fatos narrados; l) a atuação da apelada fere o princípio da finalidade, pois, ao invadir a tutela do interesse individual sem a correspondente afetação coletiva, que é função fundamental para atuação dos órgãos governamentais, excedendo o limite de atuação dos órgãos de proteção. Alega, também, que não houve qualquer formalização de reclamação pelo menor, ou seus representantes, junto ao PROCON, a fim de justificar a instauração de Ficha de Atendimento, ou mesmo a lavratura do auto de infração; m) a intervenção da apelada é forçada ao aplicar o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor para atuar, uma vez que a prática abusiva presente em tal dispositivo trata de práticas comerciais. Sustenta, também, que a suposta conduta praticada pela apelante não caracterizaria prática comercial abusiva dentro de relação de consumo, e sim um crime; n) a multa fixada em decorrência do Auto de Infração que se pretende anular deve estar embasada nos critérios estabelecidos na Portaria Normativa Procon n° 33 de 01/12/2009, alegando, também, que a multa fixada não atendeu aos princípios da legalidade e motivação do ato administrativo, como tampouco

atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; o) embora tenha comprovado que a receita mensal média da loja era de R$ 976.065,44, o PROCON entendeu por bem estimar o faturamento da Autora em valor indiscriminadamente superior. A Apelada simplesmente e sem qualquer fundamento deixou de aceitar os documentos apresentados de comprovação da receita da NOVASOC, sob a alegação de que a receita deveria ser da Companhia Brasileira de Distribuição que na época não possuía qualquer faturamento, por funcionar como mero depósito. Pugna seja dado total provimento ao recurso para: conferir a tutela provisória a fim de manter a suspensão da exigibilidade da CDA n° 1.219.936.327; reformar a r. sentença para declarar a nulidade do Processo Administrativo n ° 4253/12-ACP, com anulação da multa aplicada e inversão do ônus da sucumbência. Subsidiariamente pede seja reduzida a multa aplicada, preferencialmente ao patamar mínimo previsto na legislação consumerista.

Recurso tempestivo, preparado e processado com contrarrazões (fls. 756/766).

É o relatório.

De início, aponto que a r. sentença guerreada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Infere-se dos autos que a Companhia Brasileira de Distribuição foi autuada (Auto de Infração nº 05911-D8) (fl. 60) porque em 13.01.2011 teria permitido que um funcionário conduzisse um consumidor, menor impúbere, de 10 anos de idade, desacompanhado de

um responsável, ao interior de uma sala no Hipermercado Extra da Margina Tietê para prestar esclarecimentos sobre possível furto a ele atribuído, apesar de o consumidor portar a nota fiscal dos produtos que trazia consigo, tendo sido constrangido a permanecer confinado naquela sala, onde foi inquirido por funcionários.

Segundo consta do auto de infração em referência, a empresa teria infringido o art. 39, "caput", da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumitor), aproveitando-se da inexperiência do menor de idade, cerceando sua liberdade e inquirindo-o − o que culminou na aplicação da sanção prevista no art. 56, I e art. 57, ambos do CDC, sem prejuízo das demais sanções previstas no art. 56 da referida lei (fl. 60).

Pretende a autora, com a presente ação anulatória, anular a multa administrativa fixada em seu desfavor pelo PROCON, no valor de R$ 458.240,00 (fl. 574) (nos autos do processo administrativo n.º 4253/12-ACP (AI 05911-D8), descrita na Certidão de Dívida Ativa nº 1.219.936.327, ou a minoração da multa fixada.

Em que pese o esforço argumentativo deduzido pela empresa autora apelante, entendo que deve ser mantida a bem lançada r. sentença de improcedência, que muito bem apreciou a questão destes autos.

Alega a apelante que não era, na ocasião da autuação pela Fundação Procon, responsável pela administração da loja em que ocorreram os fatos, isto é, do Hipermercado Extra, pois conforme comprovante de inscrição no CNPJ, a empresa que opera aquela loja é a NOVASOC COMERCIAL LTDA, o que se observaria dos cupons de venda que trazem

seu CNPJ. Nesse passo, afirma que a filial da Companhia Brasileira de Distribuição domiciliada no local é apenas um depósito, **sustentando sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do processo administrativo.**

Com efeito, a empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO e a empresa NOVASOC COMERCIAL LTDA. fazem parte do mesmo conglomerado empresarial, e ambas encontram-se instaladas à Avenida Condessa Elisabeth de Robiano, nº 5500, o que é corroborado pelo comprovante de inscrição e de situação cadastral da Companhia autora, retirado dos dados da Receita Federal, com número de inscrição 47.508.411/0677-30 (fl. 120).

Afirma a Companhia autora que possui somente um depósito no mesmo endereço. No entanto, não há comprovação nos autos nesse sentido, sendo certo que **a manifestação técnica do PROCON** (fls. 555/570), **concluiu que a irregularidade discutida nestes autos ocorreu na loja citada no auto de infração** (COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO), sendo este, em consequência, o estabelecimento infrator e responsável pela conduta, o que não foi devidamente impugnado pela apelante.

Ademais, como bem indicado pelo Juízo “a quo”, na r. sentença, há responsabilidade solidária, entre a Companhia Brasileira de Distribuição e a empresa Novasoc comercial Ltda., considerando quepertendem ao mesmo grupo socitário e são parceiras no negócio, aplicando-se assim, o art. 7. do Código de Defesa do Consumidor.

Não se pode, portanto, pretender isentar de responsabilidade, sob

argumento de quem seria o administrador da sede onde ocorreram os fatos discutidos nos autos.

Não há que se falar, portanto, em ilegitimidade de parte da empresa autora para figurar nos autos do processo administrativo.

Quanto à alegação de que o ato de infração é eivado de nulidades e inconsistências, esta não pode prosperar.

Afirma a apelante que a multa aplicada configura "bis in idem", na medida em que antes da discutida autuação, ela já estava sendo investigada na esfera administrativa pela Coordenação de Políticas para a População Negra e Indígena, pelo mesmo fato que foi objeto da autuação do PROCON e, ainda, com a mesma motivação jurídica, qual seja, a prática de intimidação e constrangimento.

Sem razão, contudo, a apelante.

Consoante o expediente SJDC nº 002.146/2011, por meio de matéria jornalística e apresentação de denúncia pela Coordenação de Políticas para a População Negra e Indígena contra o Hipermercado Extra Marginal Tietê, foi instaurado processo administrativo pela Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania (SJDC nº 72/2011), nesses termos:

> *"Tendo em vista o que consta dos autos, há possível infringência ao disposto na Lei Estadual nº 14.187, de 19 de julho de 2010. Diante disso, segue Portaria de Instauração de Processo Administrativo em apartado, a ser encartada no início dos autos, devendo seu processamento observar o procedimento da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual."* – fl. 393

O fato de a conduta praticada nas dependências do Hipermercado Extra Tietê ensejar eventuais penalidades administrativas a serem aplicadas pela prática de atos de discriminação racial não retira a legitimidade da Fundação PROCON para apurar e sancionar as condutas que violam o Código de Defesa do Consumidor, considerando a esfera de atuação distinta de ambas as frentes.

Nesse ponto, o art. 56 do Código de Defesa do Consumidor é claro:

> *"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"*

De um lado ocorre a apuração de crime de racismo e segregação da pessoa negra, enquanto de outro a apuração de abuso às práticas consumeiristas, portanto, não há que se falar na ocorrência de "bis in idem", no caso concreto.

Sustenta a apelada que o auto de infração foi baseado em constatações indiretas, por meio de notícias divulgadas na mídia, inexistindo elementos que comprovem a ocorrência da infração.

A empresa apelante aponta inconsistências nas provas que serviram de base para a aplicação da penalidade, notadamente nos depoimentos ofertados pelas testemunhas, que seriam contraditórios.

A impugnação da empresa autora, limita-se, basicamente, a afirmar que as crianças estariam mentindo e que seus funcionários estariam falando a verdade. Ocorre, no entanto, que a materialidade e autoria do crime

de constrangimento ilegal, cárcere privado e injúria, foram devidamente apurados em inquérito policial, não sendo verdadeira a afirmação de que a autuação ocorreu em virtude daquilo veiculado pela mídia.

Como bem observado na r. sentença, à fl. 724:

> *"Foi apurado, como apontado pelo relatório final (fls. 109/119), de acordo com declarações consistentes dos menores, que teriam sido encaminhados para uma sala onde sofreram agressões verbais e físicas, muitas delas com teor racista. Identificou-se também que o ocorrido teve como justificativa um suposto furto que não chegou a ser consumado e que um deles tampouco estava envolvido na situação. Os depoimentos dos funcionários da parte autora indicam que haveria de fato uma sala destinada ao setor de proteção do patrimônio, e que os menores teriam sido encaminhados para esta sala. Relatam ainda que apesar de o supermercado possuir um setor destinado à prevenção de furtos ou perdas patrimoniais no interior da loja, os funcionários com tal função não receberam nenhum treinamento específico.*
> *Os fatos tiveram grande repercussão midiática e foram apresentadas denúncias não somente pelo adolescente, mas pela Coordenação de Políticas para a População Negra (fl. 317) que foi acolhida tendo sido instaurado processo administrativo. Além disto, o auto de infração foi lavrado apontando que a parte autora teria realizado práticas discriminatórias contra menores ferindo os princípios consumeristas.*
> ...
> *O dano sofrido pelos adolescentes em decorrência da postura dos funcionários da parte autora é grave e evidente. A veiculação midiática que passou a acompanhar as vítimas identificou que estes sofreram alterações psicológicas a partir do ocorrido (fls. 345/346)."*

Reputo que as alegações da empresa apelante não vêm acompanhadas de elementos dotados de força probatória a ensejar a anulação do auto de infração aqui discutido.

Diante dos graves elementos apurados em inquérito policial, colacionados aos autos, entendo que presentes elementos suficientes para configuração de prática abusiva ao consumidor, acobertado pela proteção conferida pelo CDC, a permitir a lavratura de auto de infração, instauração do

procedimento administrativo sancionatório e imposição de penalidade.

Afirma a apelante que a autuação levada a efeito excede os limites de atuação dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, ferindo o princípio da finalidade, ao invadir a tutela do interesse individual sem a correspondente afetação coletiva, questão fundamental para atuação dos órgãos governamentais. Nisto estaria revelada a nulidade do processo administrativo, pelo fato de ter sido imposta sanção por prática individualmente considerada, não tendo havido reclamação pelo menor ou seus representantes junto ao PROCON, a justificar a instauração de ficha de atendimento ou lavratura do auto.

Ocorre que, de um lado, a empresa autuada, na posição de fornecedora, obriga-se a dispensar tratamento digno às pessoas, a fim de assegurar os direitos básicos dos consumidores e proteção destes contra práticas abusivas ou ilegais.

De outro lado, compete ao PROCON a fiscalização de condutas contrárias à legislação de consumo, incumbindo-lhe, inclusive, a imposição de sanções em caso de violação aos direitos dos consumidores. Desta forma, é evidente a competência formal e material do PROCON para o exercício do poder de polícia administrativa, aplicando as penalidades cabíveis na defesa do consumidor, nos termos do que estabelece o art. 3º, da Lei Estadual nº 9.192/95 c.c. art. 56, caput e inc. I e art. 57, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Após observado o devido processo legal no âmbito administrativo, com ampla oportunidade de defesa, a empresa ré restou

condenada pelo PROCON ao pagamento de multa administrativa no importe de R$ 458.240,00.

Melhor sorte não socorre a autora quanto ao pedido de minoração da multa administrativa aplicada, pois o valor fixado de R$ 458.240,00 encontra-se em consonância com a Portaria Normativa do Procon nº 26/2006, vigente à época da imputação da penalidade, que dispunha sobre o procedimento sancionatório (atual Portaria Normativa nº 45/2015), tida por constitucional pelo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça.

Isto porque, para o cálculo da multa devida, utilizou-se a média de receita bruta (em R$) mensal dos últimos 3 meses anteriores à lavratura do auto de infração (setembro, outubro e novembro de 2012), considerou o fato de ser a única infração cometida, presente no art. 39, "caput", do CDC, classificada como de gravidade grau III, restando devidamente anuladas entre si as circunstâncias atenuantes (primariedade) e agravantes (discriminação racial) (fl. 121).

Nesta perspectiva, não se verifica no caso concreto violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, nem tampouco caráter confiscatório da penalidade imposta.

Acerca dos critérios adotados pela recorrida para apurar o valor da penalidade, oportuna a transcrição de precedente jurisprudencial deste E. Tribunal de Justiça, extraído de caso símile:

> *"Apelação Cível Pedido de anulação de auto de infração e multa Propaganda enganosa Pacotes turísticos - Veiculação de propaganda em jornal anunciando parcelamento de valores sem juros Somatória das parcelas que não corresponde ao valor à vista Anúncio de pacotes com valor em moeda estrangeira - Infração aos*

> *artigos 37, § 1º e 31, ambos da Lei nº 8.078/90* ***Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e artigo 19 da Portaria Normativa nº 26/06 do PROCON - Legalidade dos critérios objetivos fixados pela Portaria Normativa nº 26/06 Multa aplicada segundo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade Precedentes*** *- Sentença modificada apenas para reduzir os honorários advocatícios para 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de processo Civil - Recurso parcialmente provido."* (Ap. 0009326-39.2011.8.26.0053, Relator(a): Maria Laura Tavares; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/04/2013; Data de registro: 11/04/2013)

Enfim, considerando a adoção de critérios objetivos de cálculo da multa aplicada e demonstrada a correta individualização da pena pela Fundação apelada, que possui legitimidade para autuar, deve ser mantida a penalidade imposta na via administrativa, uma vez que observados os ditames contidos nos artigos 56, I e 57 do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, admitir redução da penalidade na espécie, excluiria o caráter educativo e punitivo que a penalidade imposta deve observar. Nesse sentido, precedentes jurisprudenciais deste E. Tribunal de Justiça:

> *"DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - Sistema de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 – Multa administrativa - Processo administrativo que se reputa regular - Cerceamento de defesa não configurado - Recusa do fornecedor em atender demanda do consumidor formulada nos termos do art. 18, § 1°, II, do CDC – Multa que não se revela excessiva, considerada as circunstâncias do ilícito, porte e condição econômica do infrator - É justamente para combater a indiferença dos que detêm o domínio da oferta perante gama indefinida de consumidores em condição de vulnerabilidade que a lei estabelece o mecanismo de sanção ora em discussão e, evidentemente, não fosse o calibre da pena que por meio dele se pode determinar, em função do porte e do potencial de dano atribuídos ao infrator, tal mecanismo seria de nenhuma utilidade e, na ausência de contrapeso capaz de inibir excessos, o sistema rui ria sob a lei do mais forte, o que é inconcebível - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido."* (Ap. 9288087-14.2008.8.26.0000, Relator: Xavier de Aquino; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara

de Direito Público; Data do julgamento: 19/12/2011; Data de registro: 13/04/2012; Outros números: 994081056830)

ADMINISTRATIVO Sistema de Defesa do Consumidor Lei 8.078/90 Multa administrativa aplicada pelo PROCON/SP Alegação de nulidade, por vício de competência, rejeitada Por força do art. 5º, do Decreto 2.181/97, o PROCON dispõe de competência, não só para receber reclamações dos consumidores, mas também e, fundamentalmente, para instaurar processo administrativo e aplicar as punições previstas na legislação de defesa do consumidor Prestação de serviço de acesso à rede virtual de computadores "Taxa de boleto bancário", cujo custo é repassado ao consumidor Cobrança indevida que configura infração administrativa CDC, art. 51, XII c.c. art. 39, V Penalidade fixada dentro dos parâmetros de legalidade É justamente para combater a indiferença dos que detêm o domínio da oferta perante gama indefinida de consumidores em condição de vulnerabilidade que a lei estabelece o mecanismo de sanção ora em discussão e, evidentemente, não fosse o calibre da pena que por meio dele se pode exprimir, em função do porte e do potencial de dano atribuídos ao infrator, tal mecanismo seria de nenhuma utilidade e, na ausência de contrapeso capaz de inibir excessos, o sistema ruiria sob a lei do mais forte, o que é inconcebível Sentença de improcedência mantida Recurso improvido. (Ap. 0017632-65.2009.8.26.0053, Relator: Paulo Dimas Mascaretti; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/08/2012; Data de registro: 09/08/2012)

Desta forma, imperioso o desprovimento do apelo, uma vez que afastados os argumentos da recorrente.

Ao final do exposto, há de se ressaltar que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, o que leva à presunção de veracidade dos mesmos, até prova em contrário, o que inexiste no caso concreto.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal:

"RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO ATO ADMINISTRATIVO ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELO PROCON OFENSA AO ART. 39, I, DO CDC REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA IMPOSSIBILIDADE.

> *1. A imposição de valor de compra mediante pagamento de tíquete caracteriza ofensa ao art. 39, I, do CDC, na medida em que o fornecedor está impondo limites quantitativos e carreando ao consumidor um ônus excessivo. 2. A multa imposta de acordo com os critérios previstos no art. 57 d CDC, desde que observado o princípio da proporcionalidade, não comporta redução, uma vez que tem caráter punitivo. 3. Parcial procedência da ação. 4. Sentença reformada para julgar a ação improcedente. 5. Recurso voluntário da ré e reexame necessário providos, prejudicado o apelo do autor."* (Ap. 0164720-77.2006.8.26.0000, Relator: Francisco Bianco; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/08/2011)

Portanto, comprovada a infringência ao art. 39, "caput" do Código de Defesa do Consumidor, deve subsistir o auto de infração imposto à Companhia Brasileira de Distribuição, mantendo-se a penalidade aplicada em seu desfavor, não podendo ser acolhido o seu recurso de apelação, sendo de rigor a manutenção da r. sentença de improcedência.

Por outro lado, tendo em vista o insucesso da autora em seu recurso voluntário e a manutenção da r. sentença por seus próprios fundamentos, além dos aqui acrescidos, de rigor a majoração dos honorários advocatícios fixados em favor do requerido, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, que passam a ser de 15% sobre o valor da causa, considerando-se para tanto o trabalho adicional realizado pelos patronos do requerente em grau recursal.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois *"desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais"* (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por

prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação da empresa autora**, mantendo-se a r. sentença que julgou improcedente o pedido pelos fundamentos nela constantes e pelos aqui acrescidos, com observação de majoração dos honorários nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relatora