

Registro: 2017.0000655281

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010134-22.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TIM CELULAR S/A, é apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (“PROCON”).

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Cristiano Carlos Kozan.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

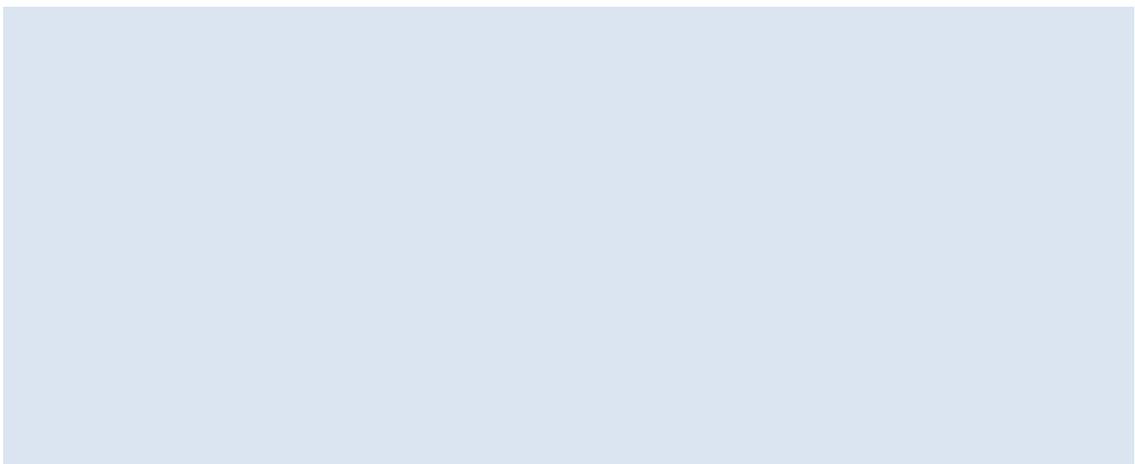
O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), MOREIRA DE CARVALHO E CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 30 de agosto de 2017.

Oswaldo Luiz Palu

RELATOR

Assinatura Eletrônica



VOITO Nº 20922

APELAÇÃO Nº 1010134-22.2014.8.26.0053

COMARCA : SÃO PAULO

APELANTE : TIM CELULAR S/A

**APELADA : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR (FUNDAÇÃO PROCON)**

M/a. Juíza de 1ª instância: Celine Kiyomi Toyoshima

APELAÇÃO CÍVEL. Ação declaratória. PROCON. Multa aplicada por violação a institutos consumeristas. Irregularidades do SAC apuradas em fiscalização gravada e corroborada por reclamações individuais.

1. Decisão que enfrenta suficientemente o caso concreto, apresentando-lhe a solução mais acertada diante das especificidades nele contidas. Princípio do livre convencimento motivado das decisões judiciais. Preliminar de nulidade da r. sentença rejeitada.

2. Auto de Infração nº 6589, referente a fatos datados de 02/02/2010 a 08/02/2010. Termo de Ajustamento de Conduta – TAC previamente celebrado entre as partes, parcialmente descumprido. Regularidade da atuação do PROCON. Celebração de compromisso por meio de TAC não elide a responsabilidade da apelante por defeito na precariedade do serviço prestado, quando caracterizada nova ofensa às normas consumeristas.

3. 'Bis in idem'. Inocorrência. Nova imposição de sanção por força de novo defeito na prestação dos serviços, com nova ofensa a normas do Decreto nº 6.523/08 (que fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC). Multa aplicada pelo DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor referente a fatos praticados no

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ano anterior. Autuações relativas a períodos e infrações diversas.

4. Competência do PROCON para a realização de atividade fiscalizatória e impositiva de penalidades. Inteligência da Lei Estadual nº 9.192, de 23 de Novembro de 1995 e Decreto nº 41.170, de 23 de setembro de 1996, que regulamentou a Lei nº 9.192, de 23 de novembro de 1995.

Competência residual administrativa estadual. (CF/88: 'Art. 25. (...) § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição'). Competência material comum (artigo 23, CF/88). Inexistência de hierarquia.

5. Violação da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Afastamento. Apelante que exerceu na via administrativa a ampla defesa, inclusive com afastamento de algumas infrações. Ausência de preposto da apelante para acompanhar a fiscalização que não dificultou ou impossibilitou a apresentação de defesa, sendo todas as ligações efetuadas em diligência fiscalizatória gravadas, com material disponibilizado à autora.

6. Sanção administrativa que obedece aos critérios elencados no artigo 57, do Código de Defesa do Consumidor e Portaria Normativa do **PROCON** nº 26/2006, com redação pela Portaria Normativa do PROCON nº 33/2009. Critério preventivo-repressivo da penalidade. Não desproporcionalidade na imposição da penalidade, nem tampouco excessividade no seu 'quantum'.

7. Majoração do valor de honorários pelo trabalho adicional realizado em grau recursal. Artigo 85, § 11, do CPC.

8. Sentença de improcedência mantida. **Recurso de apelação não provido, majorado o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais.**

I. RELATÓRIO

Cuida-se de **apelação cível**

interposta por **TIM CELULAR S/A** em combate à r. sentença de **fls. 728/733** que, em sede de ação declaratória que move em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (FUNDAÇÃO PROCON)**, julgou improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em percentual mínimo do valor dado à causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC. Os embargos de declaração opostos a **fls. 736/743** foram rejeitados (**fl. 744**).

Inconformada, apela a requerente (fls. 746/781), invocando, em preliminar, a nulidade da r. sentença por falta de enfrentamento de todos os argumentos defendidos em juízo. No mérito, sustenta, em suma, que o auto de infração nº 6589, lavrado em razão de diversas irregularidades do SAC da empresa e de reclamações individuais, que deu azo à imposição de multa no valor total de R\$ 3.192.300,00 deve ser declarado nulo, eis que: **a)** falta razoabilidade na atuação do PROCON, eis que a apelante já havia sido penalizada por descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta pelos mesmos fatos; e incabível a imposição de multa tão vultosa pelo descumprimento de regras do SAC apontadas em reclamações individuais e pontuais, até porque

reclamações não são sinônimos de irregularidades na prestação do serviço; **b)** houve violação ao princípio do 'non bis in idem', na medida em que a apelante já foi penalizada por supostas irregularidades em seu SAC nos autos de infração 1371 D7 (lavrado em 2008), 01648 D7 (lavrado em 2009) e 1453-D8 (lavrado em 2012), não sendo razoável que a empresa seja multada a cada fiscalização, máxime no valor máximo previsto legalmente; noutras palavras, a apelante já foi autuada pelos mesmos fatos, e a soma das multas ultrapassa o limite do artigo 57, parágrafo único do CDC, de modo que ou se declara nula a penalidade, ou se reduz drasticamente o seu valor; **c)** a competência do DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor afasta a competência do PROCON para a aplicação de multa, à luz do artigo 5º do Decreto Federal nº 2.181/97, especialmente porque referido órgão instaurou procedimento administrativo contra a TIM, aplicando-lhe multa de R\$ 1.275.000,00; **d)** houve violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, já que a aplicação da penalidade pecuniária ocorreu à míngua de prévia intimação da apelante para que apresentasse defesa; **e)** não existe fundamentação acerca do valor de multa fixado, com violação dos princípios da motivação e legalidade, especialmente

porque não houve vantagem auferida pela TIM, de modo que a multa não poderia ter sido imputada em seu valor máximo; ademais, mesmo com o afastamento de 3 das 8 condutas infrativas apontadas, o valor da multa se manteve no patamar máximo; **f)** é necessário averiguar a procedência das reclamações individuais efetuadas antes que elas fundamentem multa em valor tão alto; **g)** à apelante não foi oportunizado acompanhar a fiscalização efetuada, sendo que em praticamente todas as ligações realizadas ao SAC da empresa, o agente fiscal teve acesso ao atendimento, de modo que não configurada a infração de "não assegurar ao consumidor a realização das opções de contato com o atendente, de reclamação e de cancelamento de contratos e serviços"; e **h)** não houve violação aos artigos 31; 51, XIII e IV; 39 e 48, todos do Código de Defesa do Consumidor. Pugna, assim, seja anulada a r. sentença, ou provida a apelação para declarar nulo o auto de infração vergastado, ou ainda, para que se reduza, no "menor patamar possível" o valor da multa.

Recurso tempestivo, preparado e contra-arrazado a fls. **786/822. É o relatório.**

II. DO FUNDAMENTO E VOTO

1. **Primeiramente, não há falar em nulidade da r. sentença.** A apelante invoca a ausência de enfrentamento de todos os argumentos defendidos em juízo, entretanto, simples leitura da decisão hostilizada permite identificar todos os motivos pelos quais o decreto de improcedência sobreveio.

1.1. Nesse passo, inafastável que a r. decisão cumpriu rigorosamente os requisitos do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, enfrentando o caso concreto e apresentando-lhe a solução mais acertada diante das especificidades nele contidas. Não se olvide que o julgador possui liberdade na formação de sua convicção, cabendo-lhe apenas exteriorizar os motivos que o levam a decidir de uma ou outra maneira, de modo a viabilizar a interposição de recursos (princípio do livre convencimento motivado das decisões). E no caso em voga, suficientemente demonstrada porque não acolhida a pretensão da apelante.

2. Superado tal ponto, resta a

conclusão de que o recurso apresentado não comporta provimento, **sendo de rigor a manutenção da r. sentença 'a quo' proferida.**

2.1. Em linhas gerais, o PROCON autuou a apelante por várias infrações contra o consumidor, a saber: a) indisponibilidade do SAC aos consumidores; b) por interrupção de ligação telefônica feita ao SAC antes do término do atendimento ao consumidor; c) por não solução de problema levado ao SAC por consumidor; d) por dar continuidade a serviço cancelado pelo consumidor, recusando-se a devolver quantias; e) por inserir o nome de consumidora em cadastro de maus pagadores, mesmo sabendo que o serviço havia sido cancelado; f) por inserir informações divergentes no contrato e na fatura respectiva enviada ao consumidor, faltando com clareza; e g) por inserir em contrato de adesão cláusulas abusivas.

2.1. A apelante invoca que o **auto de infração nº 6589 (fl. 73)**, lavrado em razão de diversas irregularidades do SAC da empresa e de reclamações individuais, que deu azo à imposição de multa no valor total de R\$ 3.192.300,00 deve ser

declarado nulo. Entretanto, em que pese o inconformismo veiculado em razões recursais, não é este o entendimento mais acertado, senão vejamos.

3. Não há falar em falta de razoabilidade na atuação do PROCON, por já ter a apelante sido penalizada por descumprimento de Termo de Ajustamento de Conduta pelos mesmos fatos.

3.1. A autora-apelante foi **autuada em 26/11/2010**, por força de fiscalização referente a fatos datados de 02/02/2010 a 08/02/2010, bem como por reclamações individualmente registradas pelos consumidores, por irregularidades cometidas em seu SAC, quais sejam, aquelas discriminadas no **Auto de infração nº 6589 - fl. 73/76** (transcrição da qual, por observância ao princípio da celeridade e economia processuais, se exime este relator, até mesmo porque dispensável a tarefa, diante do cuidado da nobre julgadora, que procedeu à descrição das condutas no relatório da r. sentença).

3.2. É bem verdade que quando da indigitada atuação, já vigorava Termo de

Ajustamento de Conduta previamente celebrado entre as partes (**fls. 221/222**), em sede do qual a autora-apelante havia se comprometido, em 07 de junho de 2010, a reduzir o número de atendimentos individuais registrados mediante CIPs (Cartas de Informações Preliminares) e de reclamações, ainda que não precedidas por CIPs; **contudo**, conforme se infere a **fls. 238**, a **TIM CELULAR S.A.** foi notificada em 15 de junho de 2011 pelo **descumprimento do item 1 do TAC**, qual seja, aquele que estabelecia a redução de no mínimo 8% (oito por cento) do número de atendimentos individuais, pelo que impertinente alegar irregularidade da atuação do PROCON.

3.3. Saliente-se, ademais, na linha do quanto muito bem decidido monocraticamente, a celebração de compromisso por meio de TAC não elide a responsabilidade da apelante por defeito na precariedade do serviço prestado, quando caracterizada nova ofensa às normas consumeristas. E nesse sentido, a razão da previsão expressa no Termo de Ajustamento de Conduta:

"Este compromisso não inibe, limita ou impede o exercício, pela Fundação de Proteção e Defesa do

Consumidor do Estado de São Paulo- PROCON/SP, de suas atribuições e prerrogativas legais e regulamentares.”

(fl. 222)

4. A alegação de violação ao princípio do 'non bis in idem' também não prospera. Ainda que a apelante já tenha sido penalizada por irregularidades em seu SAC nos autos de infração 1371 D7 (lavrado em 2008), 01648 D7 (lavrado em 2009) e 1453-D8 (lavrado em 2012), não existe qualquer mácula na atuação do órgão de proteção aos consumidores que, ao evidenciar novo defeito na prestação dos serviços, com nova ofensa a normas do Decreto nº 6.523/08 (que fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC), procedeu à nova imposição de sanção.

4.1. As autuações referem-se a períodos e infrações diversas, e se a empresa é penalizada reiteradas vezes por estar incurso nos mesmos dispositivos de lei, era de se esperar adotasse medidas efetivas na redução dos incidentes e reclamações, e não apenas objetivar o afastamento de penalidade que, ao que tudo aponta, não traz em si qualquer mácula. Assim, afastada a argumentação de

que não seria razoável a multa a cada fiscalização.

5. Nessa esteira, nem se avenge ausência de atribuição ao **PROCON** da atividade fiscalizatória e impositiva de penalidades. Faz parte das funções institucionais da **FUNDAÇÃO** a elaboração e execução da política de proteção e defesa dos consumidores do Estado de São Paulo, desenvolvendo atividades de fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor. Nesse sentido, estabelece a **Lei Estadual nº 9.192, de 23 de Novembro de 1995**, que autorizou o Poder Executivo a instituir a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON**:

Artigo 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a instituir a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, com personalidade jurídica de direito público, vinculada à Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania, a qual se regerá por esta lei e por estatutos aprovados por decreto.

Artigo 2º - A Fundação terá por objetivo elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor.

Artigo 3º - Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação:

(...)

XI - fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções;"

5.1. E o Decreto nº 41.170, de 23 de setembro de 1996, que regulamentou a Lei nº 9.192, de 23 de novembro de 1995, por sua vez, dispõe que:

"Artigo 3º - A Fundação de que trata este Decreto tem por objetivos a elaboração e a execução da política estadual de proteção e de defesa do consumidor.

Artigo 4º - Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação:

(...)

XI - fiscalizar a execução das leis de defesa do

consumidor e aplicar as respectivas sanções;"

5.2. Evidente, assim, que o PROCON, quando da autuação da recorrente, estava apenas a exercer uma das funções institucionais para as quais fora criado, de modo que, apontando as ilegalidades averiguadas, não estava a exercer atribuição que não lhe pertence.

6. Obviamente um órgão executivo pode aplicar a lei de ofício. Aliás, esta a sua função precípua. E a natureza díspar das funções jurisdicionais e administrativas não são tão pronunciadas, como alguma doutrina nacional pretende. Não há lesão alguma à separação de poderes, pois não há divisão **material** na teoria da tripartição¹, mas uma **separação funcional** ou

¹ A separação de poderes, tal qual entendida por Montesquieu, é irrealizável, porque, exigindo que cada função material do poder estatal seja atribuída em sua totalidade a um órgão ou grupo de autoridades especial, independente, tratando livremente, soberanamente mesmo, na sua esfera própria de competência e constituindo assim um poder igual aos demais, a teoria de Montesquieu implica em uma divisão que não somente paralisaria o poder do Estado, mas como arruinaria sua unidade' R. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, t. II, p. 110, Sirey, Paris, 1922.

orgânico-formal. Ensina R. Carré de Malberg² que a separação, atualmente considerada, não significa que o corpo legislativo não poderá fazer atos particulares e, mesmo atos em matéria em que se avance ao que se chama tradicionalmente de 'administração', ou que a autoridade administrativa não poderá editar regras gerais, e mesmo regras de direito análogas àquelas decretadas pelo legislador, ou que a autoridade judiciária emita decisões que não possam jamais ter o mesmo conteúdo daquelas do órgão legislativo ou de um administrador. A separação de poderes não é uma separação de funções e as três espécies de atos, legislativos, executivos e judiciais, podem ter um conteúdo idêntico; entretanto, a mesma decisão adquire um valor bem diferente segundo a autoridade que a toma e, ademais, as condições dentre as quais a decisão pode ser tomada variam segundo a autoridade que as toma: isso significa, hoje, a separação de poderes. Então, deve-se atribuir distintamente às três espécies de órgãos ou autoridades estatais poderes de graus diversos. 'C'est une séparation qui porte, non pas sur les *fonctions matérielles*, mais sur les *degrés de puissance formelle*. Cela ne ressemble guère à la séparation que préconisait Montesquieu.'

² R. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, t. II, p. 113, Sirey, Paris, 1922.

7. E em que pese a apelante invoque o teor do **parágrafo único, do artigo 5º, do Decreto Federal nº 2.181/97**, que determina:

"Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, **levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica**",

7.1. É certo que o dispositivo menciona expressamente, como não poderia deixar de ser, "a apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor", e conforme se infere a **fls. 303/309 dos autos, a multa de aplicada pelo DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, no valor de R\$ 1.275.000,00, refere-se a**

fatos praticados no ano anterior, ou seja, em 2009,
pelo que totalmente impertinente invocar a ofensa à
vedação ao 'bis in idem'.

7.2. Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO – Ação anulatória de auto de infração – Importação de 4.940 cadeiras plásticas para comercialização, sem a certificação do INMETRO – Processo de "recall" iniciado posteriormente perante a DPDC, visando à mitigação/reparação do dano coletivo – Notificação efetuada pelo PROCON/SP, objetivando os esclarecimentos sobre a conduta, bem como sobre o processo de "recall" iniciado na DPDC – Auto de infração n. 1405-D8 lavrado posteriormente aos esclarecimentos, por infringência aos arts. 10, § 2º e 39, inciso VIII, ambos do CDC. LEGITIMIDADE DO PROCON PARA APLICAÇÃO DA MULTA – Alegação de que a competência para a aplicação da sanção pecuniária é exclusiva da DPDC – Descabimento – Competência concorrente entre os entes federados e os órgãos administrativos constituídos para a fiscalização e aplicação da multa, sendo vedado, apenas, o bis in eadem – Precedentes do C. STJ. JULGAMENTO DO PROCESSO NO ESTADO, nos termos do art. 1.013, § 3º, do NCPC –

Impossibilidade – R. sentença que acolheu a preliminar e julgou prejudicadas as demais alegações do apelado – Violação ao princípio do duplo grau de jurisdição – Recurso oficial prejudicado - Recurso do PROCON parcialmente provido, para fins de retorno dos autos à Vara de origem para o seu regular prosseguimento.” (Apelação 1019141-67.2016.8.26.0053, Rel. Des. Silvia Meirelles, 6ª Câmara de Direito Público, j. 13/02/2017)

Estamos pagando pela Constituição de 1988 de modo geral -- mas em particular na questão das competências dos entes federados --, que é confusa, assistemática e contraditória, além de centralizadora, e gerou três níveis de burocracia, sem qualquer organização, voltando às desvantagens do ultrapassado **federalismo dual**, especialmente no custo da burocracia. Mas, aos estados deu-se a competência residual geral de atribuições e a competência material (em caso do poder de polícia quanto às relações de consumo) é dos três níveis da Federação. E se vale o modelo que tentamos adotar no que concerne às competências concorrentes, o modelo da Lei Fundamental alemã de 1949, **como norma geral** (art. 30 e 83 da GG/49), **a execução de competências administrativas genéricas**

(não-acessórias à determinada lei federal) e das leis federais é função dos Estados-membros, salvo quando disciplinado constitucionalmente de forma diversa. Na Alemanha, com isso, as competências administrativas concentram-se nos Estados-membros. Lá ainda e há grande preocupação em disciplinar a partilha de competências entre os entes federativos de maneira clara e congruente, ficando vedada a interferência federal indevida em questões de competência estadual.

8. Descabido ainda invocar a violação dos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, porque a aplicação da penalidade pecuniária teria ocorrido à míngua de prévia intimação da apelante para que apresentasse defesa. Os documentos de **fls. 204/220 e 264/291** demonstram que a apelante exerceu na via administrativa a ampla defesa, com apresentação de defesa em 27/12/2010 e de recurso em 03/05/2012, razão pela qual, inclusive, foram afastadas as infrações descritas nos itens 2, 5 e 7 do auto (**fls. 242/260**). Despiciendo, assim, tecer maiores comentários a esse respeito.

9. Quanto à alegação de que não foi dada oportunidade à apelante acompanhar a fiscalização efetuada, de se notar, na linha da manifestação técnica de **fls. 242/255**, que “todas as ligações efetuadas em diligência fiscalizatória foram gravadas e registradas no relatório de fiscalização, material a que o Interessado teve acesso (...)” (**fl. 246**), de modo que, ainda que ausente o representante da apelante quando da fiscalização, tal fato não dificultou ou impossibilitou a apresentação de defesa com o intento de afastar a presunção de veracidade que militava em favor da atuação administrativa. A defesa da apelante está a fls. 204 e ss (defesa administrativa) o recurso administrativo a fls. 264 e ss.

10. E acerca da argumentação de que seria incabível a imposição de multa pelo descumprimento de regras do SAC apontadas em reclamações individuais e pontuais, “porque reclamações não são sinônimos de irregularidades na prestação do serviço”, sendo necessário averiguar a procedência de tais reclamações, é de se ressaltar que, conforme os documentos que instruem os autos, a imposição da penalidade não foi feita à míngua de arcabouço fático que indicava a procedência das

reclamações. Todas as reclamações deram ensejo à realização da diligência fiscalizatória que apenas confirmou a irregularidade na prestação do serviço, mostrando-se pertinente a transcrição das informações trazidas a **fl. 246** dos autos:

"(...) a diligência fiscalizatória busca retratar a situação cotidiana enfrentada pelo consumidor, sem circunstâncias artificiais que possam ser monitoradas pelo fornecedor com o intuito de enviesar o resultado. Ademais, as gravações trazem a identificação do atendimento eletrônico do SAC, bem como dos atendentes do Autuado, o que demonstra a autenticidade da fiscalização quanto à figura do fiscalizado".

10.1. Nesse passo, reitera-se o afastamento administrativo das infrações descritas nos itens 2, 5 e 7 do auto, por ausência de elementos que pudessem comprovar as irregularidades relatadas pelos consumidores. Noutras palavras, evidente que a imposição da penalidade ocorreu apenas em relação às condutas suficientemente demonstradas e comprovadas, nada trazendo a apelante para afastar a regularidade da atividade fiscalizatória e sancionatória realizada pelo

PROCON.

11. Sobre a alegação de que a soma das multas teria ultrapassado o limite do **artigo 57, parágrafo único, do CDC**, é de se ter em mente que o indigitado dispositivo traz em si limitação para cada infração cometida em detrimento do consumidor, não permitido invocar o seu teor para a hipótese de reiteração de condutas, como pretende a apelante. Ora, de maneira diversa, estar-se-ia a permitir que, uma vez ocorrida a autuação em seu patamar máximo, estaria o fornecedor ou prestador de serviços livre para continuar a malferir direito consumeristas, sem que as condutas recentes resultassem em sanção pecuniária. Não é esse o espírito do artigo, tampouco do microssistema processual consumerista.

12. Quanto à suposta ausência de fundamentação acerca do valor de multa fixado, com violação dos princípios da motivação e legalidade, impera observar que o **PROCON** esclarece, a **fls. 254**, sobre a maneira de cálculo, com utilização dos critérios elencados no **artigo 57 do CDC** – gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor –, corroborando o cálculo de **fls.**

256/257 corrobora tal forma de proceder.

12.1. No que atine ao alegado excesso no valor da multa fixada, de igual modo, não procede o inconformismo. A apelante assevera que o PROCON não poderia impor multa em seu patamar máximo, eis que afastadas 3 das 8 condutas infrativas apontadas, entretanto, o demonstrativo de cálculo da multa aponta em sentido diverso, obedecendo a sanção administrativa aos critérios elencados no supramencionado artigo, levando em conta a gravidade da infração e a condição econômica da recorrente, bem como as condutas descritas nos grupos I e III da **Portaria Normativa do Procon nº 26/2006, com redação dada pela Portaria Normativa do Procon nº 33/2009.**

12.2. Com efeito, aludida Portaria, que dispõe sobre a adoção de procedimento sancionatório, assim prevê:

"Art. 15. As infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV) pelo critério constante do Anexo I.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de maior gravidade, para efeito do disposto no art. 59 da Lei n.º 8.078/90, aquelas relacionadas nos grupos III e IV do Anexo I da presente Portaria Normativa.” (Renumeração do artigo dada pela Portaria Normativa Procon 33, de 01.12.2009.)

12.3. E o Anexo I, da Portaria, que traz a classificação das Infrações ao Código de Defesa do Consumidor, estabelece, no quanto importa ao deslinde do presente caso, que devam ser enquadradas nos grupos I e III as seguintes condutas:

“Classificação das Infrações ao Código de Defesa do Consumidor

a) Infrações enquadradas no grupo I:

1. ofertar produtos ou serviços sem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, condições de

pagamento, juros, encargos, garantia e origem entre outros dados relevantes (artigo 31);

(...)

c) Infrações enquadradas no grupo III:

(...)

6. deixar as concessionárias ou permissionárias de fornecer serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (artigo 22);

(...)

17. realizar prática abusiva (artigo 39);

(...)

22. inserir no instrumento de contrato cláusula abusiva (artigo 51);"

12.4. Finalmente, com relação, à alegação sobre a falta de apuração da vantagem auferida com prática abusiva, observa-se que o

requisito não se apresenta essencial ao cálculo do valor da multa – desde que o caso concreto enquadre corretamente a hipótese, como se verifica na observação constante a **fls. 257**: “Vantagem não auferida” –, estabelecendo a Portaria Normativa 26/2006 do PROCON critérios diferenciados para o cálculo:

“Art. 16. Com relação à vantagem, serão consideradas as seguintes situações:

I - Vantagem não apurada ou não auferida, assim consideradas, respectivamente, as hipóteses em que não restar comprovada a obtenção de vantagem com a conduta infracional ou a infração, pelas próprias circunstâncias, não implicar na auferição desta.

II - Vantagem apurada, assim considerada aquela comprovadamente auferida em razão da prática do ato infracional.” (Renumeração do artigo dada pela Portaria Normativa Procon 33, de 01.12.2009.)

13. Dos documentos que instruem a presente ação, conclui-se que as teses levantadas

pela apelante são frágeis e não têm o condão de anular o auto de infração ou diminuir o valor da penalidade. A apelante possui grande porte e presta serviços a milhares de consumidores; as irregularidades cometidas à legislação do consumidor são inafastáveis e restaram suficientemente comprovadas (aqui refutada a alegação de ausência de violação aos artigos 31; 51, XIII e IV; 39 e 48, todos do Código de Defesa do Consumidor); e o 'quantum' da multa apresenta-se proporcional à gravidade da conduta e em consonância com o arcabouço normativo incidente na espécie, momento quando considerado o caráter preventivo-repressivo da sanção. **A confirmação da r. sentença vergastada, portanto, é medida de rigor.**

14. E por observância ao **§ 11 do artigo 85 do CPC**, de rigor a **majoração da verba honorária** devida em favor do patrono da parte vencedora na lide, por conta do trabalho adicional realizado em grau recursal, restando a autora-apelante condenada ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, **fixados em 11% sobre o valor dado à causa.**

15. Por todo o exposto, pelo meu voto, **rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso**, mantendo-se incólume a r. sentença objurgada, **majorada a verba honorária de sucumbência.**

OSWALDO LUIZ PALU

Relator