



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000840973

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032115-39.2016.8.26.0053, 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 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencidos o 3º Juiz (que declarará) e o 5º Juiz, que, em divergência, acolhiem em parte a Apelação. O desembargador Jarbas Gomes declarará voto vencedor.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), AROLDO VIOTTI, JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 8 de outubro de 2019

AFONSO FARO JR.

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1032115-39.2016.8.26.0053

Apelante: Tim Celular S/A

Apelado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Comarca: São Paulo – 4ª Vara da Fazenda Pública

Juiz(a) de Direito: Celina Kiyomi Toyoshima

Voto nº 9.657

PROCON – Ação anulatória de auto de infração e multa – Descumprimento da legislação consumerista – Decreto nº 6.523/08 e Código de Defesa do Consumidor – Regularidade do procedimento administrativo – Inocorrência de *bis in idem* – Competência administrativa do PROCON para a realização de atividade fiscalizatória e sancionatória.

PROCON – Valor da multa – Impossibilidade de cingir o faturamento bruto da empresa, para fins de base de cálculo, pelo número de Estados-membros e Distrito Federal – Valor corretamente calculado, nos termos do art. 57 do CDC e da Portaria Normativa PROCON nº 26/06 – Inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Multa fixada dentro dos parâmetros legais – Caráter punitivo e educativo.

NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Vistos.

A sentença de fls. 877/881, cujo relatório é adotado,

julgou improcedente o pedido formulado por TIM CELULAR S/A, na ação de procedimento comum ajuizada em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, por entender ausente, em relação ao auto de infração nº 1453/D8, qualquer ilegalidade em sua lavratura ou premissa fática, bem como não caracterizada violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Por fim, condenou a autora ao pagamento de custas e honorários, fixados em 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85 do CPC.

A autora opôs embargos de declaração às fls. 885/887, rejeitados às fls. 896/897.

Apela a autora às fls. 901/934, pugnando pela inversão do julgado. Alega, em síntese, que: a) a atuação do PROCON viola os princípios da razoabilidade e *non bis in idem*, por ter sido autuada e sancionada pela mesma conduta, no valor máximo da legislação, quatro vezes; b) o somatório das multas aplicadas pelo PROCON superam o limite previsto pelo art. 57 do CDC; c) o PROCON não é órgão competente para investigar e aplicar multas referentes ao Decreto nº 6.523/08, pois se tratando de decreto federal, a competência para tanto é exclusiva do DPDC; d) o processo administrativo que resultou na multa aplicada é nulo, vez que as informações prestadas para o seu cálculo não foram apreciadas; e) não restou configurada nenhuma forma de desobediência, recusa na prestação de informações ou violação de normas consumeristas, sendo a autuação e a multa ilegais. Caso não se entenda pela total reforma do julgado, requer a redução do valor da multa, haja vista que esta foi calculada com base em parâmetros equivocados.

Contrarrazões do réu às fls. 1.000/1.019 pelo não provimento do recurso.

É o relato do necessário.

TIM CELULAR S/A ajuizou ação de procedimento comum em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, visando à anulação do auto de infração nº 01453-D8 (fls. 62), lavrado por descumprimento do tempo máximo de atendimento do consumidor junto ao SAC da empresa (art. 4º, § 4º, do Decreto 6.523/08 e

art. 39, *caput*, CDC) e da notificação nº 0576/D8, que solicitava a apresentação das gravações e registros dos atendimentos, bem como a comprovação da resolução das demandas de determinados consumidores (art. 15, § 4º, do Decreto 6.523/08 e art. 55, § 4º, CDC). Consequentemente, foi imposta multa no valor de R\$ 8.217.524,91 (fls. 609/610).

Inicialmente, cabe mencionar que as diversas penalidades aplicadas pelo PROCON do Estado de São Paulo, por si só, não caracterizam falta de razoabilidade ou violação do princípio do *non bis in idem*. Compulsando os autos, nota-se que os quatro autos de infração lavrados em face da autora, pelas mesmas condutas, referem-se a períodos completamente distintos: 1º) auto de infração nº 1371/D7 – relativo a serviços prestado em 2008 (fls. 611/635); 2º) auto de infração nº 1648/D7 – relativo a serviços prestados em 2009 (fls. 363/662); 3º) auto de infração nº 11511/D8 – relativo a serviços prestados em 2010 (fls. 663/676); 4º) auto de infração nº 1453/D8 – relativo a serviços prestados em 2011 (fls. 02/635).

Deste modo, tratando-se de fiscalizações em períodos distintos, não há que se falar em *bis in idem*, pois não ocorreu mais de uma punição pela mesma conduta, mas sim a reiteração de condutas por parte da apelante, que foram apenadas de forma autônoma. A constante fiscalização feita pelo PROCON tem como objetivo a verificação do progresso e adequação às normas pelas empresas prestadoras de serviço. Após sucessivas autuações, era de se esperar que a parte autora adotasse medidas efetivas para a redução dos incidentes e reclamações, afastando a possibilidade de aplicação de novas multas relativas ao descumprimento da legislação consumerista.

Ressalte-se, ainda, que a suposta impossibilidade de nova autuação, em período diverso, pela mesma conduta, tornaria o pagamento de multa em uma espécie de permissão para a constante adoção de condutas irregulares. Restariam descaracterizadas, portanto, as funções precípua das sanções administrativas, quais sejam, punir e inibir/educar.

Do mesmo modo, não é possível acolher a alegação de

que a soma das multas teria ultrapassado o limite previsto pelo art. 57, parágrafo único, do CDC, a seguir transcrito:

“Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a [Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

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

A limitação trazida pelo dispositivo, indiscutivelmente, refere-se a cada uma das infrações cometidas e não ao total das multas aplicadas em função da reincidência na conduta lesiva ao consumidor. Caso contrário, estabelecida em seu patamar máximo, novamente nos depararíamos com uma forma de permissão irrestrita para que o prestador de serviços continuasse a infringir as normas consumeristas.

No tocante à competência do PROCON pra fiscalização e autuação, tem-se que o art. 55, § 1º, do CDC, atribui à União, Estados e Municípios competência para fiscalizar e controlar o fornecimento de bens ou serviços, *“no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”*. Aqui, o legislador alude tanto às normas ordinárias referentes ao consumo, como às regulamentares de fiscalização e controle das atividades de fornecimento de bens ou serviços, que dizem respeito ao poder de polícia administrativa, e que podem ser editadas por quaisquer dos entes federativos, cada um em sua respectiva área de atuação administrativa.

No Estado de São Paulo, o PROCON integra a Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania e, como fundação de direito público, por competência atribuída pela Lei Estadual nº 9.192/95, em seu art. 3º, é

responsável pela coordenação e execução da política estadual de proteção, amparo e defesa do consumidor, ao qual cabe orientar, receber, analisar e encaminhar reclamações, consultas e denúncias, fiscalizar previamente os direitos dos consumidores e aplicar sanções, quando for o caso. As sanções a serem aplicadas pelo referido órgão tem base no poder de polícia administrativa, para a proteção do consumidor, tido pelo CDC, como parte vulnerável nas relações contratuais no mercado.

Assim, conclui-se que o PROCON do Estado de São Paulo tem competência material e formal para o processamento, apuração e imposição de sanções dos art. 56, *caput* e inciso I, e 57, ambos do CDC. Nesse sentido já se posicionou este E. Tribunal em diversas ocasiões:

“Apelação – Anulatória de Débito Fiscal - PROCON - Competência do órgão para aplicação de auto de infração e multa - Descumprimento da legislação consumerista – Constitucionalidade reconhecida pelo Colendo Órgão Especial – Imposição de multa - Possibilidade - O critério para a aplicação de multa estipulado pela Portaria 26/2006, do PROCON, está de acordo com o princípio da proporcionalidade - Apuração das multas obedece aos critérios e graduações estabelecidos pelo legislador consumerista, quais sejam, a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor – Conduta ilícita bem configurada nos autos - Obediência ao princípio da proporcionalidade - Precedentes desta E. 11ª Câmara de Direito Público - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido.” (Apelação Cível 1041753-39.2018.8.26.0114; j. em 18/06/2019; Rel. Des. Marcelo L Theodósio – 11ª Câmara de Direito Público).

“ANULATÓRIA – Auto de infração lavrado por violação aos arts. 31 e 39 do CDC (Lei 8.078/90), com aplicação da penalidade de multa – Regularidade – Competência do PROCON para a autuação – A prova documental acostada ao processo administrativo é suficiente para a demonstração do cometimento das infrações - Multa

arbitrada em observância ao art. 57 do CDC – proporcionalidade – R. sentença mantida. Recurso improvido.” (Apelação Cível 1023583-08.2018.8.26.0053; j. em 27/02/2019; Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi – 9ª Câmara de Direito Público)

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – MULTA APLICADA PELA FUNDAÇÃO PROCON, DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS QUE REGULAMENTAM O SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR (SAC) – VIOLAÇÃO A NORMA DE CARÁTER CONSUMERISTA. AUTUAÇÃO – Alegação de nulidade do processo administrativo e ilegalidade da multa aplicada, em razão da incompetência do PROCON para aplicação – Descabimento - Competência material e formal do PROCON-SP para a fiscalização e punição. INFRAÇÃO – Não disponibilização ao consumidor, no primeiro "menu" eletrônico do atendimento de chamada telefônica, da opção de contato com atendente – Alegações de inexigibilidade do título exequendo e excesso de execução – Descabimento - Infração ao disposto no art. 4º, caput e §1º, do Decreto Federal nº 6.523/2008, devidamente demonstrada – Valor da multa fixado com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – CDA que preenche os requisitos do art. 2º, § 5º, da Lei Federal nº 6.830/1980, além de não ter sido ilidida a presunção de certeza e liquidez, prevista no art. 3º da referida Lei nº 6.830/1980 – Sentença mantida. Apelo desprovido.” (Apelação Cível 1001560-59.2016.8.26.0014; j. em 06/09/2018; Rel. Des. Spoladore Dominguez – 13ª Câmara de Direito Público).

Depreende-se da documentação acostada aos autos pela própria parte autora que, a partir da denúncia de consumidores, foi realizada fiscalização sobre os serviços prestados e as condutas averiguadas pelo órgão consumerista correspondem àquelas descrita no art. 39, *caput*, e no art. 55, § 4º, do CPC (fls. 67/113). Diante disso, foi aplicada multa, seguindo os parâmetros estabelecidos pelos art. 56, inciso

I, e 57, do mesmo diploma legal.

“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:

I – multa (...)

“Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a [Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.”
(g.n.)

Em que pesem as alegações de falta de fundamentação acerca do valor da multa fixada e a não consideração das informações prestadas pela apelante para tanto, verifica-se que o ente requerido apresentou demonstrativo de cálculo (fls. 113), no qual consta a forma como foi auferida a pena base das infrações. Esclarece que o cálculo foi efetuado com base nas disposições da Portaria Normativa PROCON nº 26/06, que vigia à época dos fatos.

O art. 18 da Portaria Normativa PROCON nº 26/06 estabelece a seguinte fórmula para o cálculo da pena base das infrações: **"PE+(REC.0,01).(NAT).(VAN)"**, onde “REC” corresponde ao valor da renda bruta da empresa, que, nos termos do art. 17 da Portaria: *“será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão”*.

Ocorre que a apelante discorda dos valores estimados pelo PROCON referentes à média de sua renda bruta mensal. Alega ser desarrazoado considerar o valor correspondente às operações da empresa em todo território nacional, devendo tal valor ser, no mínimo, dividido pelo número de Estados-membros da federação e Distrito

Federal, o que diminuiria drasticamente o montante da penalidade.

No entanto, de acordo com entendimento já exarado por esta Corte, é sempre utilizada a receita bruta nacional da empresa para cálculo da pena base – anote-se, inclusive, que o valor estimado como média pelo PROCON é inferior àquele trazido pela parte autora em sua peça exordial – tal conclusão é clara a partir da análise do julgamento, em caso análogo, da Apelação Cível nº 1021225-12.2014.8.26.0053, pela 2ª Câmara de Direito Público, de relatoria da Desembargadora Vera Angrisani:

“Imperioso destacar que um dos objetivos da pena pecuniária é desestimular os infratores, de forma que o valor da multa não pode ser irrisório a ponto de lhe retirar seu imprescindível caráter punitivo e educativo. O quantum aqui impugnado mostra-se compatível com a condição econômica da empresa e serve de desestímulo para a reiteração da conduta, ressaltando-se que eventual redução esvaziaria o seu objetivo.

Outrossim, o art. 57, do CDC, ao definir como parâmetro a condição econômica do infrator, não preceituou qualquer limitador, muito menos de caráter geográfico, para aferir a situação econômica do infrator no âmbito da competência territorial do órgão de defesa do consumidor responsável pela imposição da sanção. Ou seja: a pretensão de considerar a média da receita bruta tão-só no Estado em que praticada a infração não encontra amparo legal. Fosse isso possível, o próprio legislador teria disciplinado o critério.

Logo, não houve ilegalidade no ato administrativo que deu origem ao auto de infração e nem se vislumbrou qualquer arbitrariedade na fixação do valor da multa. Por conseguinte, a r. sentença deu solução correta à lide, razão pela qual fica mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.” (g.n)

A apelante também clama que o enquadramento da

infração no preceito do art. 39 do CPC, por descumprimento das normas de qualidade de atendimento contidas no Decreto nº 8.523/08, deve ser considerada de gravidade I, estando incorreta sua classificação como infração de gravidade III, como feito pelo órgão fiscalizador.

Ainda que lhe assista a razão, não se pode olvidar que, mesmo com o enquadramento desta infração como de gravidade I, não haveria qualquer alteração do valor final da multa, por força da aplicação do art. 21, parágrafo único, e art. 17, parágrafo único, ambos da Portaria Normativa PROCON nº 26/06, *in verbis*:

“Art. 21 - No caso de concurso de agentes, a cada um deles será aplicada pena graduada de conformidade com sua condição econômica nos termos do artigo 14 desta Portaria.

Parágrafo único – No concurso de práticas infrativas, a pena de multa será aplicada para cada uma das infrações, podendo, a critério do órgão e desde que não agrave a situação do autuado, ser aplicada a multa correspondente à infração de maior gravidade, com acréscimo de 1/3 (um terço).” (g.n.)

“Art. 17 (...) 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.”

Deste modo, ainda que, ao calcular a pena base da infração do art. 39 do CDC, fosse aplicado o valor “1” à incógnita “(NAT)”, quando essa pena base fosse somada à pena base referente à infração do art. 55, § 4º, também seria atingido o limite previsto no art. 57, parágrafo único, do código consumerista, que, à época dos fatos correspondia a R\$ 6.486.982,22 (seis milhões quatrocentos e oitenta e seis mil e novecentos e oitenta e dois reais e vinte e dois centavos).

Por fim, na decisão do processo administrativo ainda foi aplicada a agravante prevista no art. 19, inciso II, alínea a, da Portaria

normativa do PROCON, em razão da reincidência da empresa nas mesmas condutas nos cinco anos que antecederam o fato motivador da atuação, resultando no montante final de R\$ 8.217.524,91 (oito milhões duzentos e dezessete mil e quinhentos e vinte e quatro reais e noventa e um centavos - fls. 365).

Assim, conquanto seja expressivo o valor da multa aplicada à empresa autora, não há que se negar que foram seguidos todos os parâmetros estabelecidos por lei, respeitando os primados da razoabilidade e proporcionalidade, e consideradas a natureza das infrações, o porte da empresa autuada e seu faturamento médio.

Conforme observado Hugo de Brito Machado, *“a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte que as condutas que a ensejam sua cobrança retem efetivamente desestimuladas”*. (Machado, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 21ª edição, Malheiros, 2002, p. 48).

Em suma, a Fundação PROCON do Estado de São Paulo exerceu o poder de polícia com observância às normas complementares, bem como nos limites qualitativos e quantitativos previstos nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor. Em controle de legalidade, pois, de rigor reconhecer a higidez do auto de infração nº 1453-D8, a aplicação da sanção, sua dosimetria e exigibilidade.

Já em relação aos honorários advocatícios, a sentença também não merece reparo, pois observou os parâmetros estabelecidos no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil. Assim sendo, haja vista a sucumbência da apelante, de rigor, ainda, que se majorem os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária em 1%, em razão do trabalho adicional, nos termos do art. 85, § 11, do mesmo diploma legal.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso voluntário.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

manifestada quando da interposição do recurso.

AFONSO FARO JR.
Relator
(Assinatura Eletrônica)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Apelação Cível n. 1032115-39.2016.8.26.0053

Procedência: São Paulo

3º Juiz: Des. Ricardo Dip (Voto n. 55.094)

Apelante: Tim Celular S.A.

Apelada: Fundação de Proteção e Defesa do
Consumidor -Procon

VOTO DE DIVERGENTE, em parte:

1. Adota-se, à partida, o resumo processual já lançado autos pelo eminente Relator, Des. AFONSO FARO JÚNIOR.

2. Das várias teses desfiadas pela ora apelante, que vão desde

(i) o fato do insucesso frequente nos processos administrativos instaurados pela Fundação aqui recorrida –fato do qual, entretanto, não se pode extrair a conclusão singular alguma acerca da

nulidade do processo administrativo objeto destes autos–,

(ii) passando pelo arguido *bis idem* da punição alvejada nestes autos (vício em rigor inexistente quando se trata, este o caso, de infrações especificamente similares, mas cometidas em períodos diversos: 2008, 2009, 2010 e 2011, e que, segundo se admitiu nos autos [cf. e-pág. 907, item 22)– foram apuradas em **fiscalizações sucessivas**, sem indício de fragmentação propositada),

(iii) suscitando a incompetência do Procon para sindicat infringências e infligir multas no âmbito do Decreto n. 6.523/2008 (de 31-7), matéria muito bem apreciada no r. voto de relação, que se calca na previsão do § 1º do art. 55 da Lei n. 8.078/1990 (de 11-9), e a que ainda poderiam agregar-se as regras dos arts. 19 a 21 do aludido Decreto, nisto que neles se indica possível atuação concorrente, normativa e executória, de “órgãos e entidades reguladoras” (art. 19),

(iv) retrocedendo ao processo administrativo, sem aproveitamento da via judicial para revolver os fatos e adversar a presunção de legitimidade da atuação fiscal,

(v) impugnando o cálculo **formal** da multa,

questão, ainda uma vez, bem examinada
pelo r. voto do Des. FARO,

num ponto peço licença para acolher o recurso e, sem embargo da excelência do voto de relação (ao ponto de que estou a indicá-lo para a jurisprudência deste Tribunal), abrandar o valor da multa imposta à ora recorrente, observando, a propósito, que a inclusão do direito administrativo penal no âmbito de um direito sancionador unitário, é sugestivo da invocação dos princípios gerais do direito penal comum. Lê-se noutra parte:

“Ainda que deva admitir-se uma distinção ontológica entre, de um lado, o direito penal comum, e, de outro, o direito administrativo sancionador –que já se aludiu «*droit charnière*»–, é por agora dominante na doutrina a ideia de um vultoso acercamento entre estes ramos jurídicos. Na segunda metade do século XX, já se falava no caráter supletivo do direito penal em relação às infrações administrativas, ou em que os limites dos princípios fundamentais do direito penal não poderiam violar-se pelo poder administrativo sancionador, ou ainda que esse poder não haveria de exercitar-se em condições mais gravosas do que as propícias ao direito penal. Prevalece hoje o entendimento de que *os princípios do direito penal se aplicam diretamente ao direito administrativo sancionador.*”

Prossegue-se: **por primeiro**, tem-se nos autos que, a despeito do retardamento da entrega das informações exigidas da ora apelante pela Fundação Procon, só se satisfazendo esta exigência após a cientificação do correspondente auto infracional, o fato é que as informações terminaram por prestar-se, o que, *meo iudicio*, caracteriza, quando menos, uma situação de arrependimento sugestiva da consequente atenuação da penalidade infligida, pois que, assinada em seu limite superior, não poderia já ser maior em caso de recusa pura e simples em prestarem-se informações; é dizer que não aparecem equivaler em gravidade a entrega tardia dessas informações e sua inteira negativa.

Segundo: cabe considerar se as versadas infrações relativas ao tempo para o atendimento aos consumidores, que, de fato, empolgam períodos diversos (2008 a 2011), apresentam-se como simples *perseveratio in illicito* (concurso material de infrações) ou se, diversamente, são ilícitos em continuidade, com o aproveitamento das mesmas condições estruturais. Havendo dúvida não deposta sobre isto, parece mais discreto adotar o critério mais benigno.

Desta maneira, pelo meu voto, considerando, de um lado, a necessidade de que a sanção pecuniária satisfaça seu fim de reconstituição da ordem violada e seus efeitos secundários de prevenção geral e especial –o que, na espécie, não pode passar ao largo da condição econômica da apelante (cf. art. 57 da Lei n. 8.078/1990)–, mas considerando, também e de outro lado,

a menor desvalia dos resultados das condutas objeto dos autos, reduziria as multas a patamar relativamente médio –de um milhão e meio de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (*vide* p.ún. do art. 57 dessa Lei)–, com acréscimo de quarta parte no tocante com as sanções aplicadas pela vulneração em continuidade do tempo de atendimento aos consumidores, perfilhando, pois, a incidência do disposto nos arts. 65, inciso II, *b*, e 71 do Código penal.

Assim, *cum magna reverentia* ao voto do Des. AFONSO FARO JR., que recomendo seja indicado para a jurisprudência da Corte, parece-me caso de reduzir o valor das multas impostas à ora apelante, nos termos acima indicados.

É o meu voto.

Des. Ricardo Dip -terceiro juiz



VOTO Nº 23.352/2019

11ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 1032115-39.2016.8.26.0053- São Paulo

Apelante: TIM Celular S.A.

Apelada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Em respeito à divergência parcial apresentada pelo eminente Des. Ricardo Dip, atrevo-me às seguintes reflexões, em acréscimo aos judiciosos fundamentos apresentados pelo I. Relator, Des. Afonso Faro Júnior.

Não se controverte sobre a responsabilidade dos ilícitos praticados pela empresa apelante. Todavia, discute-se a respeito do reconhecimento do cúmulo material, como o fez o eminente relator, ou da ocorrência de continuidade de infrações, como propôs a dissidência parcial inaugurada pelo terceiro Juiz.

Com bem observado pelo eminente relator, Des. Afonso Faro Júnior, foram diversas penalidades aplicadas, decorrentes de fiscalizações em períodos distintos, sendo que *“a constante fiscalização feita pelo PROCON tem como objetivo a verificação do progresso e adequação às normas pelas empresas prestadoras de serviço.*

Após sucessivas autuações, era de se esperar que a aparte autora adotasse medidas efetivas para a redução dos incidentes e reclamações, afastando a possibilidade de aplicação de novas multas relativas ao descumprimento da legislação consumerista. Ressalte-se, ainda, que a suposta impossibilidade de nova autuação, em período diverso, pela mesma conduta, tornaria o pagamento de multa em uma espécie de permissão para a constante adoção de condutas irregulares. Restariam descaracterizadas, portanto, as funções precípua das sanções administrativas, quais sejam, punir, inibir/educar”.

De fato, na hipótese dos autos, trata-se de verdadeira reincidência de condutas lesivas ao consumidor, as quais foram praticadas em períodos distintos, não se justificando o acolhimento da ocorrência de continuidade de ilícitos.

Aliás, como é sabido, diversamente do Direito Penal, no Direito Administrativo Brasileiro, o legislador tem procurado determinar o cúmulo material de infrações.

A propósito do tema, o eminente Magistrado Heraldo Garcia Vitta, em sua obra “A Sanção no Direito Administrativo”, Malheiros Editores, Coleção Temas de Direito Administrativo, vol. 8, 2003, pág. 129/130, nos dá preciosa lição:

“1.1.2 Aplicam-se as regras penais sobre o concurso real?

Se no Direito Penal há regras explícitas sobre o concurso real de normas, em virtude das quais há redução da pena, como devemos encarar o problema sob o prisma do Direito Administrativo? Simplesmente, aplicaremos as normas daquele Seara do Direito?

Segundo Fábio Medina Osório, no concurso formal de infrações “pertinente se mostra o aumento da pena contemplada ao ilícito de maior gravidade, mas de forma alguma ultrapassando o patamar máximo de apenamento”. Quanto à continuidade de infrações, “aumenta-se o quantum sancionatório de um fato ilícito e afastam-se as sanções cumulativas de outros fatos ilícitos”. Finalmente, admite o cúmulo material de infrações, pois “o sujeito que comete vários ilícitos merece um tratamento naturalmente mais rigoroso”.

Régis Fernandes de Oliveira, de forma objetiva, resume seu entendimento, explicitando que, no silêncio da lei, aplicam-se as regras do cúmulo material, isto é, as penas são somadas para todos os efeitos.

Susana Lorenzo entende não ser possível utilizar, analogicamente, normas de Direito Penal; segundo a autora, “em derecho administrativo, la regla es que se sancionará por todas las infracciones que se cometan, aplicándose las penas en su totalidad”.

Perfilhamos o entendimento segundo o qual, na falta de texto expresso, ocorre o cúmulo material, pois nas palavras de Zanobini, “Se a pessoa tinha um duplo dever de não cometer o fato, cometendo-o, viola duas diversas obrigações e deve suportar as consequências da dupla transgressão”.

O Direito Penal é especial, isto é, contém normas particulares próprias desse ramo jurídico; em princípio, não podem ser estendidas além dos casos para os quais foram instituídas. De fato, não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida; não se pode “pôr de lado a natureza da lei, nem o ramo do Direito a que pertence a regra tomada por base do processo analógico. Na

hipótese de concurso de crimes, o legislador escolheu critérios específicos, próprios desse ramo do Direito. Logo, não se justifica a analogia das normas de Direito Penal no tema concurso real de infrações administrativas”.

Ademais, não se pode olvidar que, no caso em exame, como maior razão, foi observado o disposto no artigo 21, parágrafo único, da Portaria Normativa PROCON nº26/06, a qual estabelece que no concurso de práticas infrativas, a pena de multa será aplicada para cada uma das infrações.

Como se vê, mais não é preciso dizer.

Feitas essas ponderações, respeitado o entendimento do eminente Desembargador Ricardo Dip, no que toca ao reconhecimento da continuidade de infrações, perfilho a solução preconizada pelo não menos eminente Desembargador Afonso Faro Júnior, para negar provimento ao recurso.

José Jarbas de Aguiar Gomes
Quarto Juiz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	12	Acórdãos Eletrônicos	AFONSO DE BARROS FARO JUNIOR	E99CF1C
13	17	Declarações de Votos	RICARDO HENRY MARQUES DIP	EABD84F
18	21	Declarações de Votos	JOSE JARBAS DE AGUIAR GOMES	EE90A7E

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1032115-39.2016.8.26.0053 e o código de confirmação da tabela acima.