



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2022.0000440501**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1046297-88.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, é apelado/apelante VIGOR ALIMENTOS S/A.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do autor improvido e do réu provido. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. E AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 7 de junho de 2022.

**MARCELO L THEODÓSIO**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**

11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL nº 1046297-88.2020.8.26.0053

APELANTE/APELADO: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO  
 CONSUMIDOR - PROCON

APELADO/APELANTE: VIGOR ALIMENTOS S/A

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 21443

Apelações - Ação anulatória de multa administrativa - Alegação da empresa autora que teve instaurado contra si procedimento administrativo decorrente de suposta violação ao Código de Defesa do Consumidor, que culminou na aplicação de multa, bem como alega que a penalidade é indevida, pois para a fixação da multa não foram considerados a razoabilidade e proporcionalidade – Pretensão de declaração de nulidade da multa ou, alternativamente, sua redução - Descabimento – Conduta ilícita bem configurada nos autos (*empresa que promoveu publicidade abusiva dirigida ao público infantil, incentivando a aquisição e consumo de produto alimentício para obtenção de item colecionável*) - Multa aplicada pelo PROCON no valor de R\$ 1.108.240,00 - Penalidade aplicada de acordo com os critérios estabelecidos pelos arts. 56, I, e, 57 ambos do Código de Defesa do Consumidor - Portaria nº 26/2006 que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pelo Procon para a correta individualização da pena pecuniária - A receita do infrator é o parâmetro utilizado para definir a condição econômica do fornecedor e, no caso em tela, o réu fixou a receita média mensal da autora em R\$ 366.666.666,66 (fls. 507); observando-se que, na esfera administrativa, a empresa, em sua defesa, limitou-se a argumentar que a receita a ser tomada deveria ser aquela obtida com a venda do produto no Estado de São Paulo, declinando os respectivos valores sem qualquer lastro documental; ademais, a autora sequer apresentou documentos que comprovam a receita da empresa no âmbito regional ou a quantidade do produto “vigor grego kids” comercializados no aludido período - O fato de o PROCON/SP ser uma entidade estadual não implica adoção do faturamento do âmbito restrito ao Estado de São Paulo; isso porque o valor da multa deve guardar correspondência com o porte econômico da empresa, que existe senão como um todo, com faturamento nacional, não havendo subdivisão entre tantas empresas quantas sejam as unidades instaladas nas diversas unidades estabelecidas nos Estados e municípios - No caso em tela, trata-se de empresa de grande porte, presente em todo o território



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

nacional - Houve a incidência de uma atenuante (primariedade), prevista no art. 34, I, “a”, da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015; bem como a aplicação de uma circunstância agravante prevista no art. 34, II, “c”, da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015 (ter a infração gerado dano de caráter coletivo, atingindo um número indeterminado de consumidores), sendo que o resultado fez com que o valor inicialmente calculado de R\$ 1.108.240,00 não sofresse alteração - Ausência de ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Ausência de caráter confiscatório - Princípio do não confisco - Severidade que se faz necessária, para evitar recidivas, bem como para efetivamente tutelar os direitos assegurados aos consumidores - Constitucionalidade incontestada do art. 57 do CDC - Constitucionalidade da referida Portaria já reconhecida pelo Colendo Órgão Especial desta E. Corte - Ato e mérito administrativo - Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos - Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa - Honorários advocatícios fixados por equidade - Descabimento - Pretensão de aplicação dos §§ 3º e 5º, do art. 85, CPC - Admissibilidade - O recente entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (Tema 1076/STJ), na data de 16/03/2022, o E. STJ concluiu o julgamento do Tema 1.076 dos recursos repetitivos e, por maioria, decidiu pela inviabilidade de fixação dos honorários sucumbenciais por apreciação equitativa quando o valor da condenação ou da causa, ou o proveito econômico forem elevados - Precedentes desta Egrégia 11ª Câmara de Direito Público, deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo e do E. Superior Tribunal de Justiça - Precedentes do E. STJ, deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e desta E. 11ª Câmara de Direito Público - **Sentença de improcedência mantida, todavia, com majoração da verba honorária - Recurso do autor improvido e do réu provido para fixar a verba honorária no percentual mínimo sobre o valor da causa, considerando o quanto previsto nos §§ 3º e 5º do artigo 85, do CPC; permanecendo inalterada, no mais, a sentença de 1º grau.**

Trata-se de ação anulatória de multa administrativa com pedido de tutela de urgência ajuizada por **VIGOR ALIMENTOS LTDA** em face da **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP**, alegando que teve instaurado contra si procedimento administrativo decorrente de suposta violação ao Código de Defesa do Consumidor, que



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

culminou na aplicação de multa. Sustenta que a penalidade é indevida, pois para a fixação da multa não foram considerados a razoabilidade e proporcionalidade. Requereu a declaração de nulidade da autuação ou, subsidiariamente, a redução da multa.

A tutela de urgência foi indeferida (fls. 217/218).

Contestação às fls. 786/825 sustentando, em síntese, a legalidade do procedimento e da penalidade aplicada.

Houve réplica (fls. 832/851).

A r. sentença às fls. 1040/1044, julgou improcedente a ação. Em razão da sucumbência, condenou o autor em despesas processuais e honorários advocatícios fixados, por equidade, em R\$ 30.000,00.

Recurso de apelação às fls. 1048/1054 (réu), buscando a reforma parcial do julgado apenas no tocante à verba honorária, requerendo o arbitramento dos honorários advocatícios com base nos percentuais previstos no art. 85, §§ 2º e 3º do CPC ou, subsidiariamente, a majoração do valor fixado.

Recurso de apelação às fls. 1058/1103 (autor), buscando a reforma integral do julgado e reiterando, em suma, as alegações da exordial. Subsidiariamente, pugnou pela redução do valor da multa e da verba honorária.

Contrarrazões às fls. 1119/1128 (autor) e fls. 1129/1164 (réu).

Oposição ao julgamento virtual (fls. 1175)

**É O RELATÓRIO.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

O recurso do autor não comporta provimento e o do réu merece acolhimento.

No presente caso, a empresa autora, alegou que teve instaurado contra si procedimento administrativo decorrente de suposta violação ao Código de Defesa do Consumidor, que culminou na aplicação de multa. Contudo, sustenta que a penalidade é indevida, pois para a fixação da multa não foram considerados a razoabilidade e proporcionalidade. Requereu a declaração de nulidade da autuação ou, subsidiariamente, a redução da multa.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, prevê:

*"O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;"*

A proteção ao consumidor, reconhecido legalmente como vulnerável, se dá pelo Poder Executivo. No Estado de São Paulo, foi conferido à Fundação Procon (Lei nº 9.192/95), dentre outros objetivos, elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor e, para a consecução de seus objetivos, deverá fiscalizar a execução das leis de defesa do consumidor e aplicar as respectivas sanções.

Deste modo, o PROCON detém atribuição para aplicar sanções administrativas quando detectada infração às normas de ordem pública e interesse social estabelecidas na Lei nº 8.078/90.

O artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que:

*"Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:*

*I - multa; (...)."*

Cumpre-se salientar, que para verificar eventual infringência à norma em processo administrativo, há necessidade de interpretação pelo órgão julgador, que está revestido de poder decisório, como em qualquer processo administrativo.

No caso em tela, não há se falar em ausência de motivação da autuação, vez que a penalidade aplicada contra a autora teve como embasamento legal o artigo 37, § 2º, do CDC e, de acordo com o auto de infração, a publicidade do produto "iogurte vigor grego kids" seria abusiva por se aproveitar do desenvolvimento incompleto das crianças e induzi-las a adotar hábitos alimentares pouco saudáveis, além de incentivar a aquisição e consumo de produto alimentício para obtenção de item colecionável.

Com efeito, o réu observou todos os requisitos legais e infralegais pertinentes, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) na esfera administrativa, inexistindo qualquer mácula que possa comprometer a validade do ato administrativo.

Ora, o não acolhimento das alegações da autora, posto que não foram suficientes para afastar a configuração da infração, não possui o condão de eivar de nulidade o processo administrativo.

Ademais, a mera alegação de supostos vícios formais não é suficiente para ensejar a nulidade do auto de infração ou do processo administrativo, na medida em que, não tendo a autora demonstrado o efetivo prejuízo causado ao contraditório e ampla defesa, não há se falar em nulidade.

No tocante à infração em si, restou devidamente demonstrado que a autora veiculou campanhas publicitárias direcionadas ao



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

público infantil com o objetivo de promover o produto “Vigor Grego Kids”.

Na perspectiva do PROCON/SP, a promoção configurou publicidade abusiva nos termos do art. 37, § 2º, do CDC. Isso porque, dirigida ao público infantil, incentivava a aquisição e consumo de produto alimentício.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 37, § 2º, determina:

*“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

(...)

*§ 2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.” (g.n.)*

Em relação ao público infantil, o Código de Defesa do Consumidor determina, no seu art. 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e de experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.

A proteção especial se dá justamente porque a criança ainda está em desenvolvimento, não sendo capaz de tomar decisões ponderadas quando colocada diante de uma publicidade, especialmente no que diz respeito ao gênero alimentício.

Nesse sentido, em julgamento ocorrido no dia 10/03/2016, o E. Superior Tribunal de Justiça debruçou-se pela primeira vez sobre o tema da publicidade infantil, proferindo decisão que reconheceu a ilegalidade da publicidade de alimentos direcionada ao público infantil, especialmente quando se trata de alimentos acompanhados de brindes:



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*"PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos". Recurso especial improvido." (REsp 1558086/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016)*

Ademais, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.613.561, ratificou com base no CDC que a publicidade de alimentos dirigida ao público infantil é abusiva, e, portanto, ilegal.

Assim, a publicidade de alimentos direcionada ao público infantil, foi considerada abusiva.

Assentada tal premissa, a empresa autora não deveria ter promovido a campanha buscando seduzir as crianças ao consumo do seu produto, razão pela qual a manutenção da autuação é medida de rigor.

Da mesma forma, não se verifica qualquer irregularidade na fixação da multa.

O art. 57 do Código de Defesa do Consumidor dá os





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

parâmetros para fixação da pena de multa, relegando à Administração aplicar a pena em concreto, em processo administrativo.

Assim, o artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor estabelece os parâmetros mínimo e máximo da multa aplicável pela infração às normas de defesa do consumidor, sanção prevista no artigo 56, inciso I, da Lei nº 8.078/90, possuindo o seguinte teor:

*"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 duzentos e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR), ou índice equivalente que venha a substituí-lo". **Grifos nossos.***

A imposição da multa tem previsão legal e a Portaria Normativa Procon nº 26/2006 (alterada pelas Portarias 33/2009, 36/2010 e 45/2015) limitou-se a estabelecer os critérios para a aplicação da penalidade, sendo que o Administrador Público recebeu atribuição e competência para fixar a pena de multa de modo concreto.

A multa questionada foi fixada em respeito à regra do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, com valoração da gravidade da infração e a capacidade econômica do infrator.

As infrações às normas de defesa do consumidor se sujeitam às sanções do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor e devem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

ser aplicadas pela autoridade administrativa.

Como dito, a Fundação PROCON, através da Portaria Normativa Procon nº 26/2006, apenas regulamentou de forma objetiva os critérios de aplicação da sanção, de acordo com os parâmetros fixados no diploma legal (Código de Defesa do Consumidor).

Referida Portaria apenas outorgou *“transparência e efetividade a procedimento que tem por finalidade a apuração de infrações nas relações de consumo e impor pena pecuniária para restabelecer as condições ordinárias em tais relações jurídicas ou, ao menos, minimizar seus efeitos”* (1. Trecho do voto do Eminentíssimo Desembargador Relator ROBERTO MAC CRACKEN na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0266701-76.2011.8.26.0000, Órgão Especial, j. 14/03/2012).

Assim, a Portaria Normativa Procon nº 26/2006 apenas estabelece critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pelo PROCON, com a correta individualização da pena pecuniária, não havendo qualquer irregularidade ou inconstitucionalidade em referida norma.

Essa forma de aferição estabelecida de acordo com a conveniência e oportunidade da Administração, dentro de seu poder discricionário, de forma objetiva, impessoal e razoável, está de acordo com o sistema legal vigente, e não afronta qualquer garantia do cidadão.

Por outro lado, a Portaria Normativa nº 26/06 nada inovou, pois antes de sua edição o valor da multa já era fixado e estava circunscrito aos limites legais, dentro dos quais se encontrava a Administração Pública autorizada a graduar individualmente a pena.

Com efeito, descabida a afirmação de que a multa combatida foi aplicada em desatenção à razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que ela atendeu aos critérios previstos na legislação consumerista, o que demonstrou a sua compatibilidade com a gravidade das infrações e o porte



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

econômico da atuada.

Destarte, não há que se falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como não procede a alegação de ausência de motivação da decisão Administrativa.

Esse entendimento foi adotado pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

*"CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon n° 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pelo Procon para a correta individualização da pena pecuniária. Pena pecuniária prevista nos arts. 56, I, a 57, ambos do CDC e que apenas foi regulamentada pela Portaria em questão. Arguição rejeitada". (Arguição de Inconstitucionalidade n° 0266701-76.2011.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. ROBERTO MAC CRACKEN).*

A constitucionalidade e legalidade da mencionada Portaria foi afirmada por este Tribunal de Justiça, inúmeras vezes:

*"ADMINISTRATIVO – MULTA - INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ARBITRAMENTO DE ACORDO COM A PORTARIA Nº 26/06 DO PROCON, NA REDAÇÃO DA PORTARIA 33/09 - ADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - AÇÃO VISANDO ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO OU*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*REDUÇÃO DA SANÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇA CONFIRMADA". (Apelação Cível nº 0007754-48.2011.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. **RICARDO FEITOSA**, j. 25/8/2014);*

*"APELAÇÃO CÍVEL - Ação anulatória de auto de infração PROCON - Infringência aos arts. 31 e 39, ambos do CDC - Alegação de inexistência de práticas ofensivas, atendimento rápido à consumidora lesada, ilegalidade da multa aplicada, ausência de fundamentação e critérios utilizados para a fixação da pena pecuniária, ilegalidade da Portaria n. 26/06 e Ação anulatória - Aplicação de multa pelo Procon/SP - Legitimidade e legalidade do ato praticado Banco autor que deixou de cumprir o disposto nos artigos 4º, § 4º e 5º do Decreto n. 6.523/08, e no artigo 1º, § 1º, da Portaria 2.014/08 - Perícia que comprovou a prática dos atos contrários ao Código de Defesa do Consumidor - Decretos e Portarias considerados legais e constitucionais - Razoabilidade, proporcionalidade e moralidade da multa imposta, de acordo com o CDC e a Portaria 26/2006 - Recurso improvido". (Apelação Cível nº 0027855-77.2009.8.26.0053, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. **JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA**, j. 24/06/2014);*

*LEI DA ENTREGA (LEI ESTADUAL 13.747/2009) - AÇÃO ANULATÓRIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA - AUTORA QUE ALEGA SER LIVRE, NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO, DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA POR TAL LEI, UMA VEZ QUE SE VALE, PARA ENTREGA DOS PRODUTOS, DOS SERVIÇOS DOS CORREIOS - Conduta*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*questionada que foi praticada antes da Lei Estadual 14.951/2013 - Exceção à obrigação imposta pela Lei Paulista 13.747/2009 - Não reconhecimento - Interpretação sistêmica do CDC e precedentes desta Corte - Sanção aplicada com base nos critérios da Portaria 26/2006 do PROCON - Legalidade - Reconhecimento - Precedentes - Apelo desprovido". (Apelação Cível n° 0048880-78.2011.8.26.0053, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. **JOÃO CARLOS GARCIA**, j. 21/05/2014);*

*"APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. MULTA. Imposição de multa pela PROCON à empresa fornecedora de produto, cuja embalagem encontra-se em discordância com as exigências regulamentares no tocante à indicação de faixa etária para o seu consumo. Infração administrativa configurada. Art. 18, §6º, inciso II, do CDC. Item 1º do Anexo IV da Resolução MERCOSUL GMC n.º 23/2004. Multa aplicada de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 57 do CDC e pela Portaria PROCON n° 26/2006. Constitucionalidade incontestada do art. 57 do CDC. Constitucionalidade da referida Portaria já reconhecida pelo Órgão Especial desta E. Corte. Recurso provido". (Apelação Cível n° 0016328-26.2012.8.26.0053, Rel. Des. **NOGUEIRA DIEFENTHÄLER**, j. 16/06/2014);*

*"Apelação Cível – Anulatória - Multa aplicada pelo PROCON/SP - Realização de ligações telefônicas de telemarketing para consumidores que estavam inscritos há mais de 30 dias no cadastro para o bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing - Prática abusiva - Infração ao CDC configurada -*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*Aplicação de penalidade na forma dos artigos 56, inciso I, e 57, da Lei nº 8.078/1990 e da Portaria Normativa nº 26/06 do PROCON - Legalidade dos critérios objetivos fixados pela Portaria Normativa nº 26/06 - Sentença reformada - Reexame necessário e recurso da ré providos para julgar improcedente o pedido inicial, invertidos os ônus sucumbenciais". (TJSP, Apelação nº 0013394-61.2013.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Relatora Desembargadora **MARIA LAURA TAVARES**, j. em 13/10/2014).*

Esta Egrégia 11ª Câmara de Direito Público já se pronunciou quanto ao tema em voga, para tanto, destaca-se, pois, a ementa do eminente Desembargador Relator **OSCILD DE LIMA JÚNIOR**:

*"AÇÃO ANULATÓRIA PROCON - Competência do órgão para aplicação de auto de infração e multa - Descumprimento do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor - Processo administrativo que observou os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação - 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 - A forma de apuração das multas, por sua vez, obedece aos critérios e graduações estabelecidos pelo legislador consumerista, ou seja, a gravidade da infração e vantagem auferida e condição econômica do fornecedor Sentença mantida. Recurso não provido". (Apelação Cível nº 0021548-39.2011.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. **OSCILD DE LIMA JÚNIOR**, j. 01/04/2014).*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

No caso em tela, foi imposta à autora multa administrativa no importe de R\$ 1.108.240,00.

A infração atribuída no auto de infração foi classificada no grupo III (art. 37, § 2º do CDC), numa graduação que vai de I a IV, conforme anexo da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015.

No caso concreto, a gravidade encontra-se assinalada no demonstrativo de cálculo encartado nos autos do processo administrativo ao qual a empresa teve amplo acesso e conhecimento.

As infrações são classificadas de acordo com a sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos e essa classificação/gradação das infrações foram estabelecidas no âmbito da competência discricionária atribuída ao PROCON/SP ao definir quais delas pretende punir com maior severidade.

*In casu*, a proibição de se veicular publicidade abusiva visa a proteção de valores da sociedade, no caso a proteção dos interesses e direitos da criança e do público infantil, ressaltando-se que a busca por proteção independe da boa ou má intenção do infrator, ou da extensão ou intensidade dos danos efetivamente causados.

Frise-se que a receita do infrator é o parâmetro utilizado para definir a condição econômica do fornecedor e, no caso em tela, o réu fixou a receita média mensal da autora em R\$ 366.666.666,66 (fls. 507); observando-se que, na esfera administrativa, a empresa, em sua defesa, limitou-se a argumentar que a receita a ser tomada deveria ser aquela obtida com a venda do produto no Estado de São Paulo, declinando os respectivos valores sem qualquer lastro documental.

Ademais, a autora sequer apresentou documentos que comprovam a receita da empresa no âmbito regional ou a quantidade do produto “vigor grego kids” comercializados no aludido período.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Ora, o fato de o PROCON/SP ser uma entidade estadual não implica adoção do faturamento do âmbito restrito ao Estado de São Paulo. Isso porque, o valor da multa deve guardar correspondência com o porte econômico da empresa, que existe senão como um todo, com faturamento nacional, não havendo subdivisão entre tantas empresas quantas sejam as unidades instaladas nas diversas unidades estabelecidas nos Estados e municípios.

No caso em tela, trata-se de empresa de grande porte, presente em todo o território nacional.

Deve ser mantido, portanto, o arbitramento da multa com base no valor auferido no âmbito nacional.

Nesse sentido: *“Ademais, correta a utilização do faturamento da instituição infratora como base de cálculo, não havendo qualquer previsão na legislação de que a base de cálculo deveria ser restrita às atividades no Estado de São Paulo ou ao faturamento decorrente do produto ou serviço colocados no mercado de consumo e que teria causado danos aos consumidores”* (Apelação nº 0013394-61.2013.8.26.0053, Rel. Des. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, j. 13/11/2014).

Ressalte-se, por oportuno, que houve a incidência de uma atenuante (primariedade), prevista no art. 34, I, “a”, da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015; bem como a aplicação de uma circunstância agravante prevista no art. 34, II, “c”, da Portaria Normativa PROCON nº 45/2015 (ter a infração gerado dano de caráter coletivo, atingindo um número indeterminado de consumidores), sendo que o resultado fez com que o valor inicialmente calculado de R\$ 1.108.240,00 não sofresse alteração.

O dano, no caso, se perfaz com a mera veiculação da publicidade de alimentos direcionada ao público infantil, violando assim a incolumidade psíquica da criança mediante a manipulação do universo lúdico infantil. E não há dúvida de que o dano tem natureza coletiva, pois a veiculação da





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

publicidade na mídia televisiva alcança um número expressivo e indeterminado de crianças.

O objetivo da penalidade é desestimular o infrator ao descumprimento das normas de defesa do consumidor, sendo importante que seu montante tenha o condão de intimidá-lo e desmotivá-lo, coibindo práticas congêneres. Os critérios para sua quantificação consideram a capacidade financeira, a gravidade das infrações e a vantagem auferida, não havendo violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no caso concreto.

Assim, nada há nos autos a afastar a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

Ademais, cumpre-se salientar, que ao Poder Judiciário não cabe analisar o mérito do ato administrativo.

Desta feita, é sabido que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade e de veracidade, cuja desconstituição depende de demonstração cabal.

No que tange os atos administrativos, cumpre tecer algumas considerações acerca das restrições postas à apreciação jurisdicional dos referidos atos:

*"Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente. Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão. O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, 'fará obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes'. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional. A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma." (apud "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Miguel Seabra Fagundes, atualizada por Gustavo Binenbojm, 8a ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro, pág. 179/182).*

Quanto a presunção de veracidade e legalidade do ato administrativo, preleciona o ilustre **HELY LOPES MEIRELLES**:

*"a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência de solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução", asseverando ainda que "Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca". (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 30ª ed., Cap. IV, item 2.1, pág. 158).*

No mesmo entendimento, **DIÓGENES GASPARINI**:

*"Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conseguinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência ou oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*inoportuno ou inconveniente". (Direito Administrativo, Saraiva, 12ª ed., pág. 914).*

Nos ensinamentos da ilustre professora **LUCIA VALLE FIGUEIREDO:**

*"Tem-se entendido por competência discricionária a que possibilita ao administrador, no caso concreto, escolher, dentre as plúrimas soluções sugeridas pela hipótese normativa, a melhor, segundo juízo de oportunidade e conveniência. Cabe ao Judiciário controlar toda a atividade administrativa, desde que não invada o mérito (conveniência e oportunidade) das decisões discricionárias". (Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Ed. Malheiros, pág. 183/209).*

Dessa forma, significa dizer que o ato administrativo questionado não merece alteração, vez que não se configura hipótese em que se mostra contaminado de ilegalidade, ou em que os critérios de discricionariedade administrativa possam ser contrastados por preceitos ou princípios constitucionais ou infraconstitucionais.

De fato, ao Poder Judiciário cabe apenas averiguar a legalidade do ato administrativo ora atacado. Isso porque o caso dos autos representa matéria adstrita à discricionariedade do Poder Público, a quem compete decidir conforme conveniência e oportunidade, nos limites da lei.

No tocante aos honorários advocatícios, não há se falar em fixação da referida verba por equidade, vez que o E. STJ tem se pautado pelo sentido literal da legislação processual, com o entendimento de que, nas causas em que a Fazenda Pública for litigante, os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com os parâmetros dos incisos I a IV do § 2º e com os percentuais delimitados no § 3º do art. 85 do CPC (REsp 1.740.865/SP, j. 14/8/2018; REsp 1.746.072/PR, j. 13/2/2019).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Nesse sentido, o recente entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (Tema 1076/STJ), na data de 16/03/2022, o E. STJ concluiu o julgamento do Tema 1.076 dos recursos repetitivos e, por maioria, decidiu pela inviabilidade de fixação dos honorários sucumbenciais por apreciação equitativa quando o valor da condenação ou da causa, ou o proveito econômico forem elevados, estabelecendo duas teses sobre o assunto:

*“1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) a depender da presença da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.*

*2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo”.*

Por tais motivos, no caso em tela, inviável a fixação da verba honorária por equidade, devendo ser observado o quanto previsto nos §§ 3º e 5º do artigo 85, do CPC.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de pré-questionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (STJ, EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER).

Consigne-se que, para fins de prequestionamento,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

estar o julgado em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso do autor e dou provimento ao recurso do réu, para fixar a verba honorária no percentual mínimo sobre o valor da causa, considerando o quanto previsto nos §§ 3º e 5º do artigo 85, do CPC; permanecendo inalterada, no mais, a sentença de 1º grau.

**MARCELO L THEODÓSIO**

**Relator**