



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000002774**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000421-96.2021.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S/A, são apelados FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES E SOUZA NERY.

São Paulo, 9 de janeiro de 2023.

EDSON FERREIRA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 39716

APELAÇÃO Nº 1000421-96.2021.8.26.0014 (autos digitais)

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: TELEFÔNICA BRASIL S.A.

APELADOS: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO. Execução Fiscal. Embargos rejeitados. Multa imposta por PROCON. Anulação ou redução. Ligações de telemarketing para os números de linha telefônica de consumidores que estavam inscritos há mais de trinta dias no cadastro de bloqueio do recebimento de ligação de telemarketing. Lei Estadual 13226/2008, artigo 5º, Decreto Estadual 53921/2008, artigo 3º, § 1º, e Código de Defesa do Consumidor, artigo 39, “caput”. Sentença suficientemente fundamentada, sem motivo de nulidade. Auto de infração que identifica os números dos telefones que receberam ligações de telemarketing e respectivas datas dos bloqueios requeridos pelos consumidores. Observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Bem evidenciada conduta abusiva do fornecedor. Multa conforme os critérios objetivos da legislação pertinente. Foram consideradas circunstâncias atenuantes, sem acréscimo por conta de vantagem auferida, também a gravidade da infração e o porte econômico da empresa. Sem contraste com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Valor reduzido. Novo demonstrativo de cálculo, após recurso administrativo, não configura “reformatio in pejus”. Recurso não provido, com majoração dos honorários advocatícios, pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, para dois pontos percentuais acima dos limites do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sentença, proferida em 29 de março de 2022, pelo eminente magistrado, Doutor William Mikalauskas, rejeitou embargos à execução fiscal de auto de infração e imposição de multa por infração ao artigo 5º da Lei Estadual nº 13226/2008 e ao artigo 3º, § 1º, do Decreto nº 53921/2008, assim como ao artigo 39, “caput” do Código de Defesa do Consumidor, fixados honorários advocatícios no parâmetro mínimo do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade, fls. 680/685.

Apela a embargante pela inversão do resultado, alegando nulidade da sentença ao deixar de fundamentar de forma adequada as alegações sobre a inexistência de provas e equívoco na capitulação da suposta infração; sem provas que as ligações partiram da Global Village Telecom, atual Telefônica Brasil S.A. ou que tivessem cunho publicitário, não tendo sido informado o nome do abordado, sua linha de telefone ou o horário, elementos essenciais para o exercício de defesa; não teve como se defender dos apontamentos feitos pelo PROCON, que sequer descreveu a hipotética violação que teria cometido; inexistência de condutas típicas no artigo 39 “caput” do CDC; desconsideradas as atenuantes; devolução dos autos em razão da nulidade absoluta da sentença; o entendimento da sentença quanto a majoração da receita bruta e da multa aplicada após a apresentação de recurso administrativo é equivocado; *reformatio in pejus* uma vez que se não tivesse apresentado recurso administrativo, a multa seria de R\$ 1.988.240,00 e não R\$ 2.433.079,50; arbitrariedades nos processo administrativo que suprimiu o direito de ampla defesa e contraditório, causando nulidade; impossibilidade de inversão do ônus da prova; insubsistência do processo administrativo diante da ausência das práticas infracionais; reprovando o descumprimento do bloqueio de telemarketing e não compartilha com ato desrespeitoso com o consumidor; as reclamações se utilizam de sites não oficiais, que não possuem compromisso com a veracidade dos dados que divulgam.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ainda, não cumprido o Decreto Estadual nº 53921/08, artigo 5º, com a juntada de relação das chamadas, com apontamento do nome da empresa que teria realizado as ligações e outros elementos essenciais, para que pudesse exercer o direito de ampla defesa; ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa, sendo excessiva e confiscatória, devendo ser observados os critérios do artigo 57 do CDC; impugna a mensuração da receita bruta de dezembro de 2014, afetando a média utilizada; equívoco na desconsideração das atenuantes, previstas no artigo 25 do Decreto 2181/1997 e artigo 34, I, da Portaria nº 33 do PROCON; na primariedade dever ser considerado a falta de trânsito em julgado administrativo e judicial; pede aplicação retroativa do Decreto 10887/2021, que promoveu alterações no Decreto nº 2181/1997, por ser mais benéfica e possuir caráter sancionatório; se mantida a pena, deve ser desconsiderada a circunstância agravante.

Recurso respondido.

É o relatório.

Pretensão de anulação ou redução de multa administrativa imposta por PROCON, no valor histórico de R\$ 2.433.079,50, decorrente do Auto de Infração e Imposição de Multa nº14133-D8, de 20-03-2015, por ter efetuado “ligações de telemarketing para os números de linha telefônica de consumidores que estavam inscritos há mais de 30 (trinta) dias no cadastro para o bloqueio do recebimento de ligação de telemarketing”, contra a empresa Global Village Telecom Ltda., por descumprimento da Lei Estadual nº 13226/2008, artigo 5º e artigo 3º, § 1º, do Decreto Estadual nº 53921/2008 e artigo 39, “caput” do CDC, processo administrativo nº 2217/2015, fls. 74/79.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sem motivo de nulidade da sentença, que rejeitou os argumentos da autora por considerar que os documentos anexados não evidenciam ilegalidade no processo administrativo, com fundamentação adequada sobre as questões relevantes para a solução da controvérsia, sendo dispensável que examine pormenorizadamente cada uma das alegações da parte.

A petição inicial veio instruída com o processo administrativo nº 2217/2015, fls. 74/628, sem outros documentos, cumprindo analisar as peças juntadas naquele procedimento.

De acordo com o primeiro Demonstrativo de Cálculo da Multa, fundamentado na Portaria Normativa PROCON nº 26/06, com alteração das Portarias nº 33/2009, 36/2010 e 38/2011, foram consideradas as receitas dos meses de dezembro/2014 e janeiro e fevereiro/2015, no valor de R\$ 660.000.000,00, enquadrada no grupo III, artigo 39, no valor de R\$ 1.988.240,00, com a observação de que atenuantes e agravantes seriam considerados no processo administrativo, fls. 248.

A empresa Global Village Telecom Ltda., incorporada e sucedida por Telefônica Brasil S.A., apresentou defesa e recurso administrativo no processo instaurado por Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, iniciado com o auto de infração, que descreve os números dos telefones que recebeu as ligações indevidas, com identificação dos números recepcionados, com as datas dos bloqueios postulados pelos consumidores, fls. 75/79, 256/279 e 361/388.

Apresentados os mesmos argumentos desta demanda judicial, foram indeferidos pelos fundamentos constantes da manifestação técnica e parecer do procurador do Estado, fls. 326/345 e 355.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Incumbe a análise das formalidades legais dos atos administrativos, não podendo o Poder Judiciário, em regra, rever o mérito da decisão por se tratar de matéria adstrita à discricionariedade do Poder Público, a quem compete decidir conforme conveniência e oportunidade, nos limites da lei.

Questão tratada pelas seguintes leis e decretos, que passamos a transcrever:

Lei nº 13226/2008, que institui no âmbito do Estado de São Paulo, o *Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing*, que no seu artigo 5º dispõe:

Artigo 1º - Fica instituído, no âmbito do Estado de São Paulo, o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing.

Parágrafo único - O Cadastro tem por objetivo impedir que as empresas de telemarketing, ou estabelecimentos que se utilizem deste serviço, efetuem ligações telefônicas não autorizadas para os usuários nele inscritos.

Artigo 5º - A partir do 30º (trigésimo) dia do ingresso do usuário no Cadastro, as empresas que prestam serviços relacionados ao parágrafo único do artigo 1º ou pessoas físicas contratadas com tal propósito, não poderão efetuar ligações telefônicas destinadas às pessoas inscritas no cadastro supra criado.

Decreto Estadual nº 53921/2008, que nos seus artigos 5º e 6º estabelecem:

Artigo 5º - O titular de linha telefônica que receber ligação de telemarketing após o transcurso do prazo a que alude o § 1º do artigo 3º poderá, nos 30 (trinta) dias subseqüentes, formular reclamação, pessoalmente, junto aos postos de atendimento do POUPATEMPO, ou mediante acesso a campo próprio no sítio mantido pelo PROCON/SP na internet, informando necessariamente a data, o nome da empresa, estabelecimento ou pessoa física infratora e, quando possível, o nome do operador, o horário e o número da linha de que partiu o chamado.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parágrafo único - O autor da reclamação a que se refere o "caput" deverá apresentar relação das chamadas recebidas no dia da ocorrência, fornecida pela concessionária de serviços de telefonia fixa ou móvel, ou autorizar o PROCON/SP a, em seu nome, solicitar a esta última as informações.

Artigo 6º - O PROCON/SP disponibilizará em seu sítio na internet relação das linhas telefônicas inscritas no cadastro a que se refere o artigo 1º deste decreto, incluindo número e data da inclusão, vedada a divulgação da identidade dos respectivos titulares. (...)

Artigo 9º - O descumprimento das obrigações estabelecidas no presente decreto sujeitará o infrator às sanções administrativas previstas no artigo 56 da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Lei nº 8078/1990, Código de Defesa do Consumidor

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas. (...)

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. [\(Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993\)](#)

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. [\(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993\)](#)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decreto Federal nº 2181/1997

Art. 25 - Consideram-se circunstâncias atenuantes: I - a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato; II - ser o infrator primário; III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo.

Decreto Federal nº 10.887/2021:

Art. 1º O Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...)

"Art. 25...

IV - a confissão do infrator;

V - a participação regular do infrator em projetos e ações de capacitação e treinamento oferecidos pelos órgãos integrantes do SNDC; e

VI - ter o fornecedor aderido à plataforma Consumidor.gov.br, de que trata o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015." (NR)

Portaria PROCON/SP 26/2006 (vigente à época e revogada pela Portaria 45/2015):

Artigo 14º – A fixação dos valores das multas nas infrações ao Código de Defesa do Consumidor (artigo 57 da Lei nº 8.078, de 11.09.90), dentro dos limites legais de 200 a 3.000.000 UFIRs, será feita de acordo com a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor na forma da presente portaria e seu anexo.

Parágrafo único – A dosimetria da pena de multa será feita em duas fases: na primeira, proceder-se-á à fixação da pena base que será calculada em função dos critérios definidos pelo artigo 57 da Lei 8.078, de 11.09.90; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas no artigo 19, incisos I e II, desta Portaria.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Artigo 15º – 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 artigo 59 da Lei 8.078, de 11.09.90, aquelas relacionadas nos grupos III e IV do ANEXO I da presente Portaria Normativa.

Artigo 16º – 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.

Artigo 17º – A condição econômica do infrator 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.

§1º – A média da receita mensal bruta estimada pela Fundação PROCON-SP poderá ser impugnada até o trânsito em julgado no processo administrativo, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos:

– Guia de informação e apuração de ICMS

– GIA;

II – Declaração de arrecadação do ISS; III – Demonstrativo de resultado do exercício – DRE;

IV – Declaração de Imposto de Renda.

V – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Micro Empresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

Artigo 19 - A Pena Base poderá ser atenuada de 1/3 (um terço) à metade ou agravada de 1/3 (um terço) ao dobro se verificadas no decorrer do processo a existência das circunstâncias abaixo relacionadas: I Consideram-se circunstâncias atenuantes:

Anote-se que a mencionada Portaria nº 33-PROCON, somente trata da suspensão dos prazos processuais, contendo apenas dois artigos.

O desrespeito à Lei Estadual nº 13226/2008, que trata do bloqueio de telemarketing de consumidores cadastrados previamente está configurado no caso em exame.

Analisando o processo administrativo observa-se que o auto de infração relatou de forma suficiente as condutas infracionais e suas respectivas capitulações, concedendo-se à operadora a oportunidade de exercer ampla defesa em âmbito administrativo, mas seus argumentos foram rejeitados.

As reclamações efetuadas pelos consumidores inscritos na *blacklist* para não ser importunado, identificam com clareza o número de origem, o horário e o conteúdo das mensagens, fato que permitiu à fundação pública iniciar o procedimento e confirmar as ligações indevidas e, em caso de dúvidas sobre tais ligações, a empresa poderia obter a relação de chamadas e contestar as afirmações dos consumidores, porém, se limitou a afirmar genericamente que elas não eram verossímeis.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Esses elementos são suficientes para configurar abusividade do fornecedor, como previsto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor e a Lei Estadual 13.226/08.

O pedido de redução da multa não tem como prosperar uma vez que foi aplicada de acordo com os critérios objetivos do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, Decreto Federal nº 2181/1997, Portaria Normativa 26/2006, vigente à época e revogada pela Portaria 45/2015, com aplicação das circunstâncias atenuantes, previstas no artigo 25 do citado decreto, que não inova no ordenamento jurídico e apenas estabelece regras de cálculo, aplicáveis com base nos patamares legais já estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, sem nenhum acréscimo sob a rubrica “vantagem auferida”, conforme demonstrativo de cálculo de fls. 389.

Considerada a gravidade da infração e o porte econômico da empresa na quantificação da pena, não se mostra exorbitante e sem possibilidade de redução porque não se vislumbra desobediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, genericamente refutados.

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 semelhantes.

Destarte, comprovada a infração, não se vislumbra no respectivo auto de infração quaisquer das nulidades arguidas pela empresa autora, remanescendo hígido o ato administrativo impugnado, mesmo porque não nega a realização, mas coloca em dúvida a fidedignidade das reclamações de forma genérica e insuficientes a elidir a presunção de legitimidade que emana do ato administrativo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cumprido destacar que incumbia à autora o ônus de produzir provas com a finalidade de desconstituir a presunção de legitimidade ato administrativo, não havendo falar em transferência arbitrária do ônus probatório ao autor, tampouco se tratava na espécie de prova de fato negativo, tanto que lhe seria possível requerer diligência no sentido de identificar a linha telefônica de que se originaram as chamadas para os consumidores reclamantes.

Sem possibilidade de aplicação retroativa do Decreto 10887/2021, porque alterado o artigo 25 do Decreto 2181/1997, tão somente para acrescentar mais três incisos, nas circunstâncias atenuantes que tratam da confissão do infrator e dois outros comportamentos não adotados e comprovados pela autora.

Sobre a receita bruta mensal considerada para aplicação da pena, nenhum reparo merece, pois, considerou o patrimônio o faturamento da empresa e sua posterior alteração, e em nada se assemelha a “reformatio in pejus” após a defesa administrativa, como alegado, uma vez que a apresentação dos documentos relacionados a comprovar pode ocorrer até o trânsito em julgado do processo administrativo, e ainda deve ser considerado o real valor do patrimônio no período de dezembro de 2014, janeiro e fevereiro de 2015, conforme anotado na manifestação técnica de fls. 326/345.

A documentação juntada pela infratora para comprovar a renda mensal bruta, estava em desacordo com a portaria normativa, e ainda porque pretendia fosse considerada a filial de São Paulo e não a matriz localizada no Estado do Paraná, tendo sido intimada para juntar documentação correta, em vista da unidade da pessoa jurídica perante o direito civil, e não o fazendo permanece a receita estimada pela fundação pública, fls. 321, 322 e 329/330.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não atendida a determinação, elaborado novo demonstrativo de cálculo da multa, considerando a receita média mensal de R\$ 808.279.833,33, com a pena de R\$ 2.433.079,50, fls. 389, que merece subsistir por falta de elementos consistentes para afastar sua presunção de legalidade.

Mantendo, pois, a rejeição dos embargos à execução, por estes e pelos seus próprios fundamentos, **NEGA-SE** provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios, pelo trabalho e sucumbência em grau de recurso, em dois pontos percentuais acima dos limites do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

EDSON FERREIRA DA SILVA
Relator