



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Registro: 2018.0001016578

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1022104-77.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA, é apelado/apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso adesivo da parte ré. Negaram provimento ao recurso de apelação da parte autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

FRANCISCO BIANCO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

VOTO Nº 23135

APELAÇÃO Nº 1022104-77.2018.8.26.0053

COMARCA: Capital

**APELANTES: SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda. e
PROCON - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**

APELADOS: os mesmos

MM. JUIZ DE DIREITO: Dr. Evandro Carlos de Oliveira

RECURSOS DE APELAÇÃO E ADESIVO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO - PROCON – AUTO DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA - OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRETENSÃO À ANULAÇÃO DO RERERIDO ATO ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE. 1. Divergências verificadas entre o preço ofertado das mercadorias e o cobrado por ocasião da finalização, na promoção denominada “black friday”. 2. Subsistência do Auto de Infração e Imposição de Multa, por violação ao disposto no artigo 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Sanção pecuniária imposta, em razão da autuação, de acordo com as regras do artigo 57 do CDC e da Portaria PROCON nº 26/06. 4. Observância aos critérios da proporcionalidade e caráter punitivo, não comportando redução. 5. Incidência do disposto no artigo 85, § 2º e § 4º, III, do CPC/15, para o arbitramento dos ônus decorrentes da sucumbência, comportando adequação, no caso concreto, nos termos da fundamentação. 6. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente, em Primeiro Grau. 7. Sentença, parcialmente modificada, apenas e tão somente, com relação ao arbitramento dos ônus decorrentes da sucumbência, mantido o resultado inicial da lide. 8. Recurso adesivo, apresentado pela parte ré, provido. 9. Recurso de apelação, oferecido pela parte autora, desprovido.

Trata-se de recursos de apelação e adesivo, interpostos contra a r. sentença de fls. 511/517, de relatório adotado, que julgou improcedente ação de procedimento ordinário, objetivando a desconstituição do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 11594-D8,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

por ofensa ao disposto no artigo 20, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, ou então, a redução da respectiva penalidade, no valor de R\$ 677.653,33. Em razão da sucumbência, a parte autora foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados no montante de R\$ 10.000,00, com fundamento no artigo 85, § 8º, do CPC/15.

As partes litigantes apresentaram recursos de apelação e adesivo.

A parte ré, nas razões do recurso adesivo, postulou, em síntese, a adequação dos honorários advocatícios, que não deveriam ter sido arbitrados por equidade, na hipótese dos autos.

A parte autora, por sua vez, sustentou, nas razões do recurso de apelação, em resumo, o seguinte: a) as mercadorias expostas à venda apresentavam divergência de preço, entre o ato da aquisição e a respectiva finalização; b) o equívoco verificado no sistema de alienação de produtos na atividade promocional *black friday* foi prontamente corrigido para o ajuste dos respectivos preços; c) a parte autora recebeu promoções diferenciadas e garantia de consumo de mercadoria com bônus antecipado; d) ausência de dolo e de violação ao disposto no artigo 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor; e) possibilidade de redução da penalidade, fixada em valor exorbitante.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Os recursos de apelação e adesivo tempestivos, preparado o primeiro e, isento o remanescente, foram recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo, com respostas.

Por fim, as partes litigantes manifestaram-se contrariamente ao julgamento dos recursos de apelação por meio do sistema virtual (fls. 631 e 633).

É o relatório.

O recurso adesivo, apresentado pela parte ré, merece acolhimento, para a adequação dos ônus decorrentes da sucumbência. Outrossim, o recurso de apelação, oferecido pela parte autora, não comporta provimento, porque a r. sentença de Primeiro Grau, quanto ao mérito da lide, deu a melhor solução ao caso concreto, ratificando-se os respectivos fundamentos nesta oportunidade.

No caso vertente, a respeitável sentença impugnada analisou todas as questões controvertidas, bem como, as provas produzidas pelas partes litigantes, alcançando a irrepreensível e corretamente fundamentada conclusão de improcedência da ação de procedimento ordinário.

Assim, uma vez que nas razões recursais não há nenhum elemento novo, mas, tão somente, a reiteração de questões já



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

enfrentadas em Primeiro Grau, é forçoso concluir pelo desprovimento do recurso de apelação apresentado pela parte autora, ratificando-se, quanto ao mérito da lide, os termos da r. decisão ora combatida

Trata-se de ação de procedimento ordinário, objetivando a anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 11594-D8 – Processo Administrativo nº 5424/14, lavrado pelo PROCON, com a imposição da multa no valor de R\$ 677.653.33. E, os fundamentos da referida autuação são os seguintes: a) ofensa ao artigo 20, § 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor; b) divergência do preço das mercadorias expostas na promoção denominada *black friday*, na oferta e na finalização da aquisição pelos consumidores.

Pois bem. É inquestionável que o ato administrativo, goza da presunção de legalidade e veracidade. E, os elementos de convicção produzidos nos autos demonstram a higidez do referida autuação, no que diz respeito à violação ao disposto no artigo 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, a realidade dos autos indica que determinados itens de consumo, por ocasião da finalização da respectiva aquisição, apresentavam preço superior ao da oferta, afrontando, inclusive, a proposta da promoção denominada *black friday*, com o escopo de incrementar o consumo atrativo no varejo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Ademais, a divergência dos preços, semelhantes ou iguais, aos praticados anteriormente à promoção, frustrou a expectativa do consumidor quanto ao benefício decorrente da incidência dos descontos diferenciados e mais vantajosos do que os oferecidos normalmente.

Aliás, é irrelevante, para a desconstituição da referida autuação, a alegação quanto à correção do sistema de catalogação de preços dos produtos. Isso porque, a exigência legal não está condicionada ou subordinada a qualquer requisito.

Mas não é só. A legislação pertinente exige a identificação dos sinais característicos dos produtos expostos à alienação, por meio do código de barras e a afixação visível do respectivo preço, que deve corresponder ao do efetivo pagamento pelo consumidor.

De outra parte, a pena pecuniária, está fundamentada nos termos da Portaria Normativa PROCON nº 26/06, mais os critérios estabelecidos no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual deve ser integralmente mantida.

No mais, o valor da multa considerou o seguinte: a) gravidade da infração; b) possível vantagem auferida com a divergência do preço das mercadorias expostas em período promocional; c)



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

faturamento da pessoa jurídica infratora, essencial ao cumprimento da função punitiva, com o objetivo de inibir a renovação da prática ilegal ora questionada. E, no caso dos autos, verifica-se que os referidos critérios foram adequadamente observados.

De qualquer forma, a r. sentença impugnada, com relação ao mérito da lide, bem decidiu a questão submetida a julgamento, como se vê:

“Trata-se de ação em que a empresa autora pretende o cancelamento da penalidade que lhe fora imposta ou sua redução. As questões de mérito a serem apreciadas são exclusivamente de direito tornando desnecessária a produção de provas em audiência, nos termos do artigo 355 do Código de Processo Civil de 2015. A existência de divergência entre os valores apresentados na oferta do produto e o preço final, no momento de conclusão da compra, restou incontroversa. A ré, com o intuito de se eximir da imputação que lhe é atribuída, sustenta que os fatos decorreram de falha no sistema de atualização de preços, que foi prontamente solucionado. Informou, ainda, que em 08/12/2013, entrou em contato com os consumidores e ofereceu cupons de descontos nos valores de R\$ 50,00 e R\$700,90, respectivamente, correspondentes à diferença entre o preço ofertado e o preço final. O art. 20, § 2º, do CDC estabelece que: Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo e que lhes diminuam o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

escolha: (...) § 2º. São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. Os fatos ocorreram em promoção denominada "black friday" que visa incentivar aumento expressivo no número de compradores. O fato de a autora ter tentado dirimir o erro, com a atualização de seus sistemas e o oferecimento de cupons de descontos aos consumidores que comunicaram os fatos não elide a infração cometida. A autora participou da promoção colocando à disposição do consumidor serviço de compras on line, cujo preço da oferta não correspondia ao da efetivação no momento da compra. Ao disponibilizar a contratação on line, caberia a autora se certificar de que efetivamente os preços ofertados ao consumidor corresponderiam ao da compra. Considerando a amplitude da promoção veiculada, é evidente que um número expressivo de consumidores deixaram de efetivar as compras e não comunicaram os fatos. Não obstante, a mera disponibilização do serviço com o "erro" que lhe beneficiava economicamente caracteriza a infração permitindo a incidência da multa questionada. Lembre-se que o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor proíbe toda publicidade enganosa, ou seja, aquela informação publicitária inteira ou parcialmente falsa ou por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Quando a publicidade de consumo traz algo chamativo capaz de induzir o consumidor em erro, violando-o em sua incolumidade econômica, há a ocorrência do tipo enganoso previsto no Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, não é necessário que esteja caracterizado qualquer dolo por parte do anunciante, como conclui Guinter Spode



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

(in: O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. Revista RT, julho/setembro de 2002, pp. 178/191): basta que ela seja capaz de induzir, de alguma forma, em erro, o consumidor. Segundo Benjamin, em linhas gerais, “não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial” (Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim, Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto, p.271). Nesse sentido, não se exige que o consumidor seja efetivamente lesado, ou seja, basta a potencial capacidade de induzir em erro o consumidor para que o sistema estatal de controle da publicidade passe a atuar, ou seja, basta que o anúncio publicitário crie no consumidor uma potencial expectativa. No caso dos autos, está presente esta capacidade de induzir em erro, de alguma forma, o consumidor cujo contrato não se efetiva apenas ao final, quando o verdadeiro valor do produto lhe é informado. O fato de a decisão administrativa mencionar outras decisões administrativas precedentes ou parecer como parte de sua motivação não contraria o ordenamento jurídico vigente e encontra fundamento na Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Desnecessários maiores argumentos sobre o tema, visto que tal conduta é expressamente autorizada pelo artigo 9º da referida norma que textualmente diz: “A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada. Parágrafo único - A motivação do ato no procedimento administrativo poderá consistir na remissão a pareceres ou manifestações nele proferidos.” (g.n.). Quanto ao valor da multa, especificamente, diz o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor que a pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

auferida e a condição econômica do fornecedor. (...) penalidade será aplicada mediante procedimento administrativo e reverterá 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. A empresa afirmou ter uma receita bruta mensal no valor de R\$ 21.728.132,54 (fl. 14), mas o documento apresentado não foi aceito por não atender ao disposto no art. 32 § 1º da Portaria Normativa Procon nº 26/06, conforme certidão de fls. 269. Independente deste fato, segundo o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, a empresa autora tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ônus do qual não se desincumbiu.). Sendo assim, constata-se que a multa, por constituir sanção por ato ilícito, não é considerada tributo e, portanto, a ela não se aplica o princípio que veda o confisco. Nesse sentido ensina Hugo de Brito Machado: “A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque o tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele. ... Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança retem efetivamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória.” – Curso de Direito Tributário – 19ª edição – Editora Malheiros – p. 42 e 231. Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado na inicial.” (fls. 511/517)

Outrossim, os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência devem ser fixados com fundamento no artigo 85, § 2º e § 4º, III, do CPC/15, tendo em vista a inaplicabilidade, no caso concreto,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

do critério legal da equidade.

Finalmente, em razão da sucumbência, arcará a parte autora com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa, atualizado, nos termos do dispositivo legal acima mencionado.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento ordinário era mesmo de absoluto rigor, comportando alteração, apenas e tão somente, com relação ao arbitramento dos ônus decorrentes da sucumbência.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso adesivo, apresentado pela parte ré, para os fins acima especificados. Outrossim, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, oferecido pela parte autora, ratificando, no mais, r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FRANCISCO BIANCO

Relator