



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Autos n.º 053.10.000782-4

Rito ordinário

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 57.659.583/0001-84, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, nos autos da ação em epígrafe movida por **PANDURATTA ALIMENTOS LTDA**, vem, respeitosamente perante V. Exa., nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, apresentar

CONTESTAÇÃO

com base nos argumentos de fato e de direito abaixo relacionados.

1. Dos fatos.

Insurge-se a autora contra auto de infração e multa lavrados pela Fundação PROCON-SP por violação ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, materializada pela veiculação de publicidade abusiva, dirigida ao público infantil, que se aproveitava da deficiência de julgamento e experiência da criança



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A peça publicitária, denominada "É Hora de Shrek", visou promover a venda de produtos alimentícios da linha "Bauducco Gulosos" com ênfase não na necessidade pelo alimento, mas sim na vontade das crianças em adquirir a coleção completa das 05 (cinco) versões dos relógios Shrek independente de saberem ou não ler as horas, tudo a estimular o consumo infantil calcado na nociva ideia do "ter por ter". Além disso, valia-se das expressões imperativas "junte" e "colecione" para aumentar seu poder persuasivo, proibidas pelo CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

Após regular processo administrativo, foi-lhe aplicada multa no valor de R\$ 105.493,33 (cento e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), que contou com a incidência de circunstância atenuante (primariedade) que reduziu a pena em 1/3 (fl. 190).

Inconformada, propõe a presente ação onde alega, em síntese, o seguinte:

a) Inocorrência de infração ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, pois conforme sentença proferida em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, autos n. 583.00.2008.169077-0, 41ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, a peça publicitária em lume foi considerada lícita à luz do Código de Defesa do Consumidor. E tratando-se de decisão com eficácia *erga omnes*, esvaziaria o conteúdo da sanção administrativa aplicada pela Fundação PROCON-SP pelo mesmo fato;

b) O emprego das expressões "junte" e "colecione" não teve caráter imperativo, tratando-se de técnica de *marketing* usualmente adotada no mercado de consumo;



c) A multa ofende o princípio da razoabilidade, pois seu elevado valor teria sido calculado em dissonância com os critérios delineados no art. 57, *caput* da lei 8.078/90, por três razões: **i)** o faturamento a ser considerado deveria corresponder ao que auferia apenas com a venda dos produtos da linha "Gulosos"; **ii)** ante a não constatação de vantagem econômica, o fator a ser considerado na fórmula de cálculo – que nesse ponto contempla operação de multiplicação – deveria ser "zero" ao invés de "um"; **iii)** quanto à gravidade da infração, seu enquadramento no grupo III do anexo da Portaria PROCON 26/06 é demasiadamente severo, ante a existência de outras infrações mais graves.

Fato é que a ação não procede. Conforme se verá adiante, a infração restou consumada e legitimou a Fundação PROCON, dentro dos limites qualitativos e quantitativos prescritos no art. 56, I e 57, da Lei 8.078/90, a aplicar sanção pecuniária razoável com base em atos normativos expedidos com lastro na competência concorrente prescrita no art. 55 do mesmo diploma legal.

**2. Infração ao art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.
Publicidade abusiva por se aproveitar da deficiência de julgamento e
experiência da criança.**

Nos termos do art. 37, §2º da Lei 8.078/90, "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 à sua saúde ou segurança". (g.n.).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

A norma em questão coíbe a veiculação de peças publicitárias que ofendam valores morais e princípios jurídicos socialmente relevantes. Nessa esteira, o magistrado Paulo Jorge Scartezini Guimarães define publicidade abusiva como a que "ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa".¹

Assim, "através da noção de abusividade, o legislador logrou reprimir condutas que, se não conflitam diretamente com o texto legal, **inobservam valores fundamentais do ordenamento, sendo potencialmente danosas**".²

Nessa seara, a publicidade deve assumir uma função social e contribuir com o Estado na tarefa de **educar e ajudar na formação do consumidor** como um verdadeiro cidadão, despertando a consciência para seus direitos e incentivando o exercício pleno da cidadania.

É o que afirma a especialista em Comunicação Michele Araújo de Menezes:

"A **função social da publicidade**, de caráter informativo, de promoção de idéias, produtos e serviços (de maneira saudável e ética) e de entretenimento, **começa a ser questionada a partir do momento em que os fins (aumentar as vendas de produtos e serviços dos clientes) não justificam os meios.**

(...)

Caracteriza-se aqui a **função social da propaganda**, que visa a informar a população, incluir minorias, **acabar com preconceitos, respeitar culturas, trabalhar a publicidade**

¹ A *publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16, p. 136.

² MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Prevenção de riscos no controle da publicidade abusiva, *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 9, v. 35. São Paulo: RT, 2000. p. 123-131.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

com ética, tudo isso sem deixar de focar a função comercial de vender produtos e serviços."³

Pois bem.

Na peça publicitária discutida nesses autos, a autora vulnerou o comando de ordem pública do art. 37, §2º da Lei 8.078/90, pois buscou promover a venda de produtos alimentícios de baixa qualidade nutricional através de expediente que se aproveita da falta de experiência e incapacidade de julgamento da criança.

Na promoção denominada "É Hora de Shrek" (CD de fl. 45), figuram duas crianças em ambiente escolar. Entre elas firma-se um diálogo, onde uma ostenta o relógio do Shrek e outra não, sendo que a criança portadora do relógio, ao ser indagada sobre que horas seriam, **questiona o fato do outro colega não possuir o mesmo objeto** e afirma: "É hora de você também ter um desses". E, encerrando o diálogo, a criança que ostenta o relógio confessa, constrangida, não saber as horas. Mas se mostra satisfeita pelo simples fato de possuí-lo.

A situação, à evidência, atribui relevância à posse do relógio, representando o simples "ter por ter", uma vez que **a criança que tenta convencer a outra a ter o relógio sequer sabe ler as horas**.

E pior: para que a criança recebesse o relógio, teria que consumir – ou ao menos adquirir – cinco pacotes de guloseimas com conteúdo

³ "A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda", 2006, Monografia (Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 36-40. Disponível <<http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>>. Acesso em: 01 de junho de 2007. (grifos nossos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

269
✓

nutricional no mínimo "questionável". E considerando que a coleção é composta por cinco modelos de relógio, seriam necessárias nada menos que 25 guloseimas, que pouco contribuem para a nutrição saudável de uma criança, para que fosse completada.

Ora, se a criança ainda não sabe utilizar um relógio (identificar as horas), porque precisa tê-lo? Qual a razão para se colecionar 5 relógios, se apenas um bastaria para ler as horas (obviamente, para aqueles que já sabem ler as horas)?

E a coleção somente seria completada mediante a aquisição de mais de duas dezenas de produtos da linha "Gulosos" que certamente não substituem, com o perdão da expressão, "um bom prato de arroz com feijão".

Por outro lado, no final do anúncio, surge uma voz adulta (locutor) que utiliza os seguintes comandos imperativos - "junte" e "colecione" - tudo a estimular a compra ou o consumo de um produto de baixo teor nutricional sem real necessidade, mas sim pelo simples fato de existir a promoção.

A abusividade é evidente. Não foi à toa, aliás, que o CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - em decisão referente à peça publicitária "Promoção é Hora do Shrek", manifestou-se pela sua abusividade e determinou sua suspensão por unanimidade e em todos os graus administrativos, conforme se infere do trecho abaixo transcrito:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

“Promoção é hora de Shrek’

Representação nº 205/07, em recurso extraordinário

Autor: Conar, por iniciativa própria

Anunciante: Pandurata Alimentos

Relatores: José Francisco Queiroz, Paulo Chueiri (voto vencedor) e Ana Rita Dutra

Plenário do Conselho de Ética

Decisão: Sustação

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º, 37, 50, letra "c" do Código e seu Anexo "H"

Por unanimidade, os membros do Conselho de Ética, reunidos em sessão plenária, **mantiveram a decisão das duas instâncias anteriores pela sustação de anúncios de TV e jornal da Pandurata Alimentos.** As peças foram questionadas por utilizarem **criança para vocalizar apelo ao consumo e por estimular o consumo excessivo ao propagar a necessidade de comer cinco guloseimas para ter direito a um relógio do Shrek.**

A defesa alegou que o filme é apenas informativo, sem apresentar nenhum apelo imperativo de consumo ou encorajar o consumo excessivo, sendo que há um prazo superior a dois meses para juntar as cinco embalagens e adquirir o relógio.

Ao manter a decisão pela sustação, os conselheiros presentes no plenário concordaram com os pareceres anteriores, de que **as mensagens têm que ser entendidas do ponto de vista do consumidor principal, a criança, sob o qual as peças configuram um incentivo ao consumo desregrado**.⁴

⁴ Resumo da decisão extraído do site: www.conar.org.br, acessado em 29.01.09, às 15:55h. (grifos nossos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Trata-se, a toda evidência, de publicidade que desrespeita a menor capacidade de discernimento das crianças, público que merece atenção especial por serem indivíduos com personalidade ainda em formação e presumivelmente inaptas para responder de forma madura aos apelos de consumo. Ademais, a sociedade exige que a publicidade contribua para a formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes - o que foi indubitavelmente ignorado pela campanha publicitária em questão;

Nesse passo, as peças publicitárias não devem, de acordo com o regulamento do CONAR e com a Lei 8078/90, associar crianças a situações ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis, e tampouco impor a noção de que o consumo proporciona superioridade ou inferioridade, bem como provocar situações de constrangimento com o propósito de impingir o consumo.

Note-se que tais vícios são claros no filme publicitário veiculado pela autora. Tanto a noção de quem tem o relógio (resultado da aquisição dos produtos "Gulosos" Shrek) é superior àquele que não tem, como o constrangimento por não saber ler as horas (o que evidencia o "ter por ter"), caracterizam a abusividade da mensagem.

A referida superioridade não é suprida pela explicação da criança detentora do relógio sobre como adquiri-lo. Ela remanesce com a ideia de um ter e o outro não, de modo a impor ao outro a ideia de que também precisa tê-lo, inclusive pelas inúmeras falas do "quão legal é o relógio".

Segundo o Presidente do CONAR, Gilberto C. Leifert, em artigo publicado no jornal Folha de S. Paulo de 21.10.2006, "até recentemente, a sociedade entendia ser a educação tarefa exclusiva de pais e professores. Sabiamente, esse



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

conceito evoluiu. Cobra-se, agora, o compromisso de educar também de veículos de comunicação, publicidade, artes, esportes etc. Não poderia haver reivindicação mais justa dada a importância da educação”.

Vale acrescentar, a título de complementação, que nem se poderia alegar que o público alvo seria os pais, ao passo que a empresa deve atentar às formas de transmitir sua mensagem, sempre lembrando que apesar de haver um alvo, outros, também, podem vir a ter acesso à publicidade.

A adoção de métodos de informação publicitária que transmitam idéia diversa da realidade, certamente produz conseqüências, conforme ensinamento doutrinário a seguir:

“Na nova concepção a publicidade deixa a periferia do fenômeno jurídico e passa a integrar o privilegiado grupo dos institutos capazes de por em marcha a roda da responsabilidade, não só civil, mas também penal e administrativa”.⁵

Afinal, a publicidade prepara e condiciona o terreno psicológico dentro do qual será desenvolvida a relação jurídica de consumo, daí o seu caráter dito persuasivo. Nesse meandro, é que a lei pretende evitar que a informação ou publicidade sedutora não seja apenas um veículo para atrair clientes a adquirir o produto ofertado, utilizando-se de táticas publicitárias que aproveitem de deficiências de julgamento ou experiência da criança.

⁵ “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 217. (grifos nossos)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Por todas essas razões, resta evidente a consumação, pela autora, de prática contrária ao art. 37, §2º da Lei 8.078/90, conclusão não afastada pela existência de decisão proferida em ação civil pública mencionada pela autora na sua petição inicial. A respeitável sentença, que não transitou em julgado, foi desafiada por recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (razões anexas) que ainda não foi apreciado pelo TJSP.

Analisemos, agora, os critérios utilizados pela Fundação PROCON no ato de arbitramento da pena de multa, atento aos limites qualitativos e quantitativos prescritos no art. 57 da Lei 8.078/90.

3. Fundamento jurídico da penalidade e legalidade da Portaria PROCON 26/06

A aplicação de sanções no âmbito administrativo decorre do poder de polícia atribuído aos órgãos da Administração. Trata-se de ato administrativo de cunho punitivo que deriva do império do Poder Público sobre o interesse do particular, observado o princípio da legalidade prescrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, por força do art. 3º, XI, da Lei Estadual 9.192/95, à Fundação PROCON compete o exercício do poder de polícia para fiscalizar o estrito cumprimento pelos fornecedores de produtos e serviços das normas prescritas no Código de Defesa do Consumidor.

Referido dispositivo estabelece duas importantes regras: uma de *competência* para a imposição de penalidades e outra de *finalidade*, já que a punição de condutas infrativas busca persuadir o fornecedor ao estrito cumprimento dos



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

comandos de ordem pública prescritos no Código de Defesa do Consumidor por ele não obedecidos.

Em virtude do princípio da legalidade estrita, tais penalidades e seus limites qualitativos devem ser fixados por Lei. Esta tarefa é cumprida pelo Código de Defesa do Consumidor ao descrever, no artigo 56, as penalidades aplicáveis. E no art. 57, cuida de estabelecer os critérios de fixação da pena de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor) bem como seu valor mínimo e máximo: de 200 a 3 000 000 de UFIR's.

Estes são, portanto, os parâmetros legais a serem observados pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo. E, nesse passo, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, pois o estabelecimento de limites mínimo e máximo para a quantificação da multa administrativa visou atribuir à Administração Pública discricionariedade para arbitrá-la de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto a ela submetidos, com base na análise individualizada da gravidade da infração, vantagem auferida e porte econômico do ofensor.

Justamente com o escopo de dar concreção aos conceitos abertos contidos no art. 57 da Lei 8.078/90 e, sobretudo, dar transparência ao procedimento de apuração da conduta infrativa e quantificação da multa, a Fundação PROCON editou a Portaria n.º 26/06, que entrou em vigência no decorrer do processo administrativo movido em face da autora, que tornou público todos os critérios por ela utilizados para definir e quantificar do que vem a ser infração grave, vantagem auferida e poderio econômico do infrator.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

275
CA

A regulação por Portaria, que tem lastro na competência concorrente do Estado para regulamentar relações de consumo contemplada pelo art. 55 da Lei 8.078/90, não criou direitos nem obrigações. Cuidou de estabelecer critérios claros para a correta individualização da pena imposta ao fornecedor que descumpra a legislação consumerista, havendo ali expressa menção acerca das formas de apuração da vantagem econômica, gravidade da infração e porte econômico do infrator.

Não há, portanto, violação ao princípio da legalidade. Tal argumento decorre da confusão que costumeiramente se faz entre os conceitos de norma jurídica e lei. Esta constitui uma das fontes das normas jurídicas que, embora seja a principal, não é a única.

Zelmo Denari⁶, ao analisar a questão, assevera que ao lado das normas jurídicas emanadas pelo Poder Legislativo, existem as normas não legislativas, provenientes de atos administrativos menos solenes como os decretos, circulares e portarias. Por conterem normas jurídicas, assim como as leis, obrigam seus destinatários na medida das condutas que prescrevem.

Nesse passo, permite-se a edição de atos regulamentares, dentre eles as portarias, para disciplinar a aplicação de uma lei. De fato, não se trata de lei, mas de ato normativo que, dentro dos limites da lei a ser regulamentada, pode estabelecer quais são os critérios eleitos pela administração pública para a fixação de uma penalidade pecuniária.

⁶ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 559.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

E este é o caso da Portaria 26/06 que embasa a penalidade aplicada à autora. Trata-se de instrumento normativo que, dentro dos limites qualitativos e quantitativos impostos pelos arts. 56, I e 57 da Lei 8.078/90, conferiu transparência ao processo de fixação da multa **sem oportunizar qualquer inovação**. Ela se limitou a estabelecer e publicizar, de forma precisa, os critérios de sua quantificação, sempre com o objetivo de proceder à adequada individualização da pena nos termos do que determina o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

E a legalidade das Portarias Normativas editadas pela Fundação PROCON tem sido reiteradamente reconhecida não só pelos dignos magistrados das Varas da Fazenda Pública como também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MULTA ADMINISTRATIVA. Fixação pelo PROCON, por irregularidades na venda de produtos em supermercado. Inconformismo com a redução do valor da multa pela r. sentença. Admissibilidade. Sendo várias as irregularidades encontradas, e não apenas uma não se justifica a redução da penalidade, que foi fixada conforme os critérios legais. Recurso provido, para manter o valor da multa na forma fixada originalmente.

(TJSP, Apelação cível 604.226.5/3-0, 2ª Câmara de Direito Público Relator Aloísio de Toledo César, julgamento 13/02/07)

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Ação anulatória de auto de infração e multa. Artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor. Multa fixada nos termos do art. 57. Inexistência de violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da irretroatividade. Ação julgada improcedente. Recurso improvido.

(TJSP, Apelação cível 358.256.5-2/00, 8ª Câmara de Direito Público, Relator Toledo Silva, julgamento 11/10/06).

PROCON. Multa imposta ao Pão de Açúcar por violar o art. 31 do CDC, ao cobrar preço maior que o anunciado nas prateleiras



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

e etiquetas e bem assim por anunciar venda de produtos em promoção por preço superior ao informado. Atos administrativos que gozam da presunção de legitimidade. Infrator que teria, então, de comprovar a não ocorrência das infrações. Inversão do ônus da prova. Portaria que definiu os critérios de dosagem do valor da multa que não padece de qualquer nulidade. Multa arbitrada dentro dos parâmetros indicados no art. 57 do CDC. Ação declaratória de nulidade improcedente. Recurso desprovido.

(TJSP, Apelação cível 424. 652.5/5-00, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Urbano Ruiz, julgamento 22/11/05)

3.1. Análise do caso concreto - Da multa aplicada à autora.

No caso em tela, à autora foi imposta multa administrativa no importe de R\$ 105.493,33 (cento e cinco mil, quatrocentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), **que já contou com redução de 1/3 ante a constatação de circunstância atenuante (primariedade)**. Tal valor levou em consideração não só seu porte econômico como a gravidade da infração, sendo que, por não constatação, incorreu acréscimo sob a rubrica da *vantagem auferida*, favorecendo, destarte, o fornecedor, conforme demonstrativo de fl. 141).

Aqui cabe um pequeno parêntese: considerando que a fórmula de cálculo da multa contempla operação de multiplicação, o fator a ser considerado no campo "vantagem auferida" deve ser necessariamente "1", pois qualquer número multiplicado por "1" não sofre acréscimo. Assim, ausente vantagem constatada, nada se acresce ao valor da multa calculada com base nos outros dois fatores (gravidade e porte econômico). Portanto, se adotada a solução apontada pela autora – substituir "1" por "zero" no campo "vantagem econômica" – o valor da multa seria "zero", o que é inadmissível.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Por sua vez, o valor da multa não poderia ser tão baixo a ponto de lhe retirar seu imprescindível caráter punitivo e educativo, porquanto deve ser apta a gerar ressentimento financeiro ao infrator. Deve ela ser proporcional ao seu porte econômico e à gravidade da infração, desconsiderada, *in casu*, a vantagem financeira, porquanto não apurada.

E, por respeito ao dever de transparência e de motivação dos atos administrativos, passemos à análise dos critérios adotados pela Fundação PROCON para apuração da condição econômica da autora e do grau de lesividade da sua conduta.

3.2. Da forma de apuração do porte econômico da autora.

O art. 17 da Portaria 26/06 dispõe sobre os critérios de apuração da condição econômica do ofensor. A receita mensal bruta do fornecedor referente, de preferência, aos três meses contemporâneos à infração, constitui a base de cálculo do valor da multa, critério que já é utilizado por outras normas para distinção do porte econômico de empresa (Lei n.º 9.317, de 05.12.1996, e no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei n.º 9.841, de 05.10.1999).

Um dos objetivos da pena pecuniária é desestimular os infratores, e se a multa tivesse valor irrisório, muito provavelmente o transgressor não se sentiria incomodado e o ato punitivo não atingiria seu fim – demovê-los da reiteração das condutas que afrontem o Código de Defesa do Consumidor.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

É por isso que seu valor deve ser proporcional ao porte econômico da empresa, enquanto forma de tratar desigualmente os desiguais, corolário do princípio da igualdade material prescrito no art. 5º, caput, da Constituição Federal. Foi assim que a ré calculou o valor da multa com base no seu faturamento estimado da autora, já que deixou passar *in albis* todas as oportunidades para informar seu faturamento através de um dos documentos relacionados no art. 17 da Portaria 26/06:

“Artigo 17 - 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:

- I - 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.”

Prevalece, pois, o faturamento considerado, sendo defeso à autora inovar e reclamar tratamento diferenciado de todos os outros fornecedores que são punidos pela ré, cujas multas, sem exceção, são apuradas com base no seu faturamento bruto, critério este que, repise-se, é adotado por outras legislações. E não há base para que se considere apenas o que auferiu com os produtos da linha “Gulosos”, pois seus rendimentos parciais não revelam sua condição econômica na



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

sua plenitude. Vale dizer: o porte econômico de uma empresa se afere com todos os seus ganhos, e não com parte deles.

3.3. Gravidade da infração e vantagem auferida

A gravidade da infração cometida é evidente e mereceu justa reprimenda na seara administrativa. A proteção dos direitos do consumidor constitui não apenas garantia fundamental do indivíduo inserida em cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º. XXXII), mas também princípio informador da ordem econômica (art. 170, V) que tem por base a valorização da atividade humana e a livre iniciativa.

A gradação da gravidade, por sua vez, seguiu os critérios prescritos na Portaria 26/06. Com base na análise do caso concreto e na lesividade da conduta, a Fundação PROCON, no exercício do seu poder discricionário, enquadrou a infração no grupo III (fl. 141), numa graduação que vai de I a IV de acordo com a lesividade da conduta, o que bem demonstra a criteriosidade desta Fundação no arbitramento das multas que impõe, além de demonstrar que a extensão do dano é, sim, considerada.

Quanto à vantagem auferida pelo fornecedor, é certo que nenhum acréscimo à penalidade houve com base nesse motivo (vide expressão "vantagem não apurada" no demonstrativo de arbitramento da multa – fl. 141). A autora, portanto, foi beneficiada.

Nesse passo, a não constatação de vantagem não impede a aplicação da penalidade. Tal colocação deriva da falsa premissa de que os três

280
✓

17
17



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

281
✓

critérios previstos no art. 57, *caput*, da Lei 8.078/90 são dependentes entre si, o que não é verdade. Tanto que, uma vez não apurada vantagem econômica efetiva, aplica-se o fator de multiplicação "1" no campo "vantagem auferida" da fórmula matemática destinada à obtenção da pena base, de forma a não alterar o resultado decorrente da aferição do faturamento do fornecedor cumulado com a gravidade da infração. E, como dito, se substituído o fator "1" por "zero", como proposto pela autora, o valor final da multa seria zero.

Dizer que sem apuração de vantagem não há multa ou infração significa desconsiderar a importância dos outros critérios previstos no art. 57, *caput*, da Lei 8.078/90. Se aceito tal argumento, teríamos que forçosa e dezarrazoadamente concluir que, em casos como os de falta pura e simples de indicação de preço nas mercadorias (e não de diferença entre gôndola e caixa), onde não se apura qualquer vantagem econômica, nenhuma penalidade poderia ser aplicada ao fornecedor, apesar da clara infração ao dever de informação prescrito no art. 31 do mesmo diploma legal.

4. Inexistência de arbitrariedade e ofensa aos princípios da proporcionalidade/razoabilidade. Subsistência do auto de infração e da multa.

Diante do exposto, resta evidente que a multa aplicada à autora é justa e decorre de flagrante afronta ao comando do art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor. A Administração Pública, na pessoa da Fundação PROCON, exerceu o poder de polícia que lhe foi conferido pela Lei Estadual 9.192/95, dentro das normas regulamentares impostas pela Portaria 26/06 e dos limites qualitativos e quantitativos previstos nos arts. 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, no exercício da sua discricionariedade.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
ASSESSORIA JURÍDICA
à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

Por sua vez, a multa imposta não fere o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e adequação. Isso porque seu *quantum*, módico e compatível com o porte econômico da autora, tem por finalidade gerar ressentimento financeiro em grau suficiente para ser capaz demovê-la da reiteração da prática infrativa e educá-la no sentido de que as regras de ordem pública prescritas na Lei 8.078/90 devem ser respeitadas. Tais princípios também devem ser encarados sob esta perspectiva, já que uma sanção em valor irrisório só contribuiria para a desmoralização da atividade fiscalizatória empreendida pela Fundação PROCON.

O valor da multa (R\$105.493,33), por sua vez, equivale a apenas e tão somente 0,21% do faturamento estimado da autora (fl. 141). Fácil perceber, portanto, que a alegação de excessividade não se justifica.

Por outro lado, eventual redução ou não aplicação da multa contrariará não só os arts. 56, I, e 57, *caput* seu parágrafo único, da lei 8.078/90 como também extrapolará o limite imposto pelo art. 2º da Constituição Federal, que estabelece o princípio da separação dos poderes, em razão de interferência do Poder Judiciário no mérito administrativo que levou à aplicação da penalidade à autora e sua quantificação.

Da mesma forma, eventual determinação de recálculo da multa, além de afrontar o princípio da separação dos poderes, mostrar-se-á medida inócua. Como a Fundação PROCON deve estrita obediência aos comandos contidos no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor e às Portarias que edita, os critérios que serão utilizados no recálculo determinado serão exatamente os mesmos que redundaram no valor originalmente imposto à autora. **Ou seja, efetivado o recálculo, o *quantum* da multa continuará o mesmo.**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ASSESSORIA JURÍDICA

à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON

5. Do pedido

Diante de todo o exposto, considerando a efetiva ocorrência de infração ao art. 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, a legalidade dos critérios utilizados pela Fundação PROCON para o arbitramento da multa que foi imposta à autora e a proporcionalidade da pena à gravidade da infração e ao seu porte econômico, conclui-se que nada justifica sua anulação ou revisão.

Posto isso, aguarda-se a total improcedência da ação, condenando-se a autora nos consectários da sucumbência e anotando-se o nome dos Procuradores infra-indicados na contracapa dos autos.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Nestes termos
P. Deferimento.

São Paulo, 29 de janeiro de 2010

VALTER FARID ANTONIO JUNIOR
Procurador do Estado - OAB/SP 146.249

PAULA CRISTINA R. B. ENGLER PINTO
Procuradora do Estado - OAB/SP 127.158

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP 106.081