



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Embargos de Declaração 1010889-46.2014.8.26.0053/50000

A **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON**, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob nº CNPJ da parte ativa selecionada<< Campo excluído do banco de dados >>, com fulcro no artigo 541 do Código de Processo Civil e artigo 102, inciso III, alínea "a"<sup>1</sup> da Constituição Federal, vem interpor **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** nos autos do processo em epígrafe movido por **MATTEL DO BRASIL LTDA**, pessoa jurídica, inscrita no CNPJ sob nº, face do v. Acórdão de fls., por violação ao artigo 2º, da Constituição Federal, o que faz com esteio nas anexas razões, requerendo seu recebimento e regular processamento, observadas as formalidades cabíveis.

<sup>1</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

2014.01.144307



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Requer, ainda, sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores do Estado **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**, OAB/SP 106.081, **PASQUAL TOTARO**, OAB/SP 99.821 e **VINICIUS JOSÉ ALVES AVANZA**, OAB/SP n° 314.247

Termos em que,

P. deferimento.

São

Paulo,

quarta-feira, 14 de dezembro de 2016.

**VINÍCIUS JOSÉ ALVES AVANZA**

Procurador do Estado - OAB/SP N° 314.247



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

#### RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

#### COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 1- SÍNTESE DO PROCESSO

Cuidam os autos de ação anulatória de auto de infração (AIM n.º4861, PA n.º 1268/10), lavrado por infração ao artigo 37, § 2º do CDC, materializada pela veiculação de publicidade dirigida ao público infantil prevalecendo-se do menor discernimento da criança para incutir o desejo de aquisição dos produtos e estimular comportamentos em desconformidade com sua faixa etária.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

O conhecimento da conduta chegou à Recorrente por representação de ONG ligada à proteção infantil, a partir da qual foi feita a análise minudente do material publicitário, concluindo-se pela prática da conduta, ensejando a lavratura do auto de infração.

A ação anulatória foi julgada procedente.

Para assim decidir, considerou o MM. Magistrado sentenciante que a análise do material publicitário não demonstra abuso e que as propagandas não são capazes de induzir comportamentos prejudiciais ou perigosos às crianças.

Ponderou, ainda, que a decisão de compra dos produtos cabe aos adultos responsáveis pelas crianças e que por isso a publicidade não se aproveitou da deficiência de julgamento dos menores.

Considerando que a R. Sentença de primeiro grau merecia reforma, a Recorrente apelou, onde o v. Acórdão manteve a decisão, contrariando frontalmente ao artigo 2º da Constituição Federal.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

O dispositivo violado reza:

*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

#### 1 - DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso é interposto dentro do prazo legal. A Fundação PROCON-SP, enquanto integrante da Administração Indireta do Estado de São Paulo, goza de prazo em dobro para recorrer, nos termos do artigo 183, do Código de Processo Civil.

O v. acórdão foi disponibilizado no dia 03/11/16, começando o prazo a correr no dia 04/11/16.

Portanto, o presente recurso é tempestivo, vez que o prazo termina em 14/12/16.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

#### 2 - CABIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SEU FUNDAMENTO – ARTIGO 102, INCISO III, ALÍNEA "a", CF/88.

Fato é que a decisão atacada contraria o dispositivo constitucional supracitado, pois ao determinar o afastamento da multa imposta ao recorrido, o v. acórdão conclui que não é vedada a interferência do Poder Judiciário em atos próprios e exclusivos do Poder Executivo, podendo aquele reformar os atos administrativos que entender não consonantes com os ditames legais pertinentes.

Foi prequestionada a matéria em sede de embargos de declaração; todavia, com o devido respeito, ao manter a sentença de primeiro grau, o Acórdão recorrido contrariou o princípio da separação dos poderes prescrito no artigo 2º, da CF/88, pelo que se interpõe o presente recurso com o fim de restabelecer sua autoridade.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

#### 3 - REPERCUSSÃO GERAL

Cabe consignar que o presente recurso atende ao novel requisito de admissibilidade representado pelo instituto da **repercussão geral**. Com efeito:

*"Tomando como parâmetro o certioraria do direito americano e a realidade brasileira, André Ramos Tavares faz o seguinte balizamento do que seria repercussão geral:*

*"(i) a temática que afete um grande número de pessoas; (ii) que trate de 'assuntos significativos'; (iii) que possua um significado geral, socialmente relevante, que transcenda os interesses egoísticos e pessoais das partes processuais envolvidas; que tenha 'repercussão considerável sobre o ordenamento jurídico e político. Ou ainda, as causas quando envolvam (...)"<sup>2</sup>*

É sem dúvida o caso dos autos, referente à proteção dos direitos do consumidor e a repressão das práticas contrárias às normas de ordem pública constantes da Lei 8.078/90, que encontra berço constitucional (art. 5º, XXXII, CF/88).

<sup>2</sup> Brawerman, André, in R. Proc. Geral do Est. São Paulo, nº 63/64 – jan./dez. 2006, p, 189.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

A questão transcendente diz respeito à possibilidade ou não do Poder Judiciário interferir diretamente no poder administrativo de polícia discricionário, com a finalidade precípua de defender direitos difusos e coletivos dos consumidores.

#### 4 - DO MÉRITO

##### a - DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NA PESSOA DA FUNDAÇÃO PROCON, PARA A FIXAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

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 artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Na seara das relações de consumo, o artigo 56, § único, da Lei 8.078/90, aduz expressamente que as sanções previstas no seu *caput* serão aplicadas por autoridade administrativa, no âmbito de suas atribuições. Por "autoridade administrativa" entenda-se: órgão ligado ao Poder Executivo.





# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

No Estado de São Paulo, por força do artigo 3º, inciso 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.

O 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 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.

Estes são, portanto, os parâmetros legais a serem observados, **cumulativamente**, pela Fundação PROCON no exercício de sua atribuição fiscalizatória e punitiva das relações de consumo.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Sem dúvida, o estabelecimento destas diretrizes e quantificação da multa quando da individualização da pena pertinem ao conteúdo *discricionário* do ato administrativo de natureza punitiva, já que à Administração Pública – na pessoa da Fundação PROCON – compete descrever e determinar o que vem a ser infração.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>3</sup> leciona que a fonte da discricionariedade é a própria lei e ela só existe nos espaços deixados por elas. “Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador”, cabendo à autoridade competente vinculada ao Poder Executivo estabelecer os parâmetros conceituais e quantitativos para a definição das cláusulas gerais “vantagem econômica”, “gravidade da infração” e “condição econômica do ofensor” contidos no artigo 57, do Código de Defesa do Consumidor.

E ainda segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>4</sup>, o motivo do ato administrativo será sempre discricionário quando a lei se vale de conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração Pública a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa.

---

<sup>3</sup> *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 200.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Sem dúvida, é esse o caso dos autos, já que a Fundação PROCON, cuidou de dar total transparência ao processo administrativo sancionatório, fato jamais negado em todo o curso da corrente demanda, obedecendo fielmente aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa à adequada individualização da pena nos termos do que determina o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Com efeito, percebe-se que a subsunção do fato concreto à norma cogente é tarefa exclusiva do Poder Executivo, por se tratar de ato decorrente do *poder discricionário* da Administração Pública conferido legitimamente à Fundação PROCON por meio dos artigos 55 e 56, § único, ambos do Código de Defesa do Consumidor e pelo artigo 3º, inciso XI, Lei Estadual 9.192/95.

E frise-se, em 14/03/12, o Tribunal de Justiça, por meio do Órgão Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade 0266701-76.2011.8.26.0000, decidiu, por unanimidade, que as portarias editadas pela ré são válidas e legais, corroborando mais de uma centena de acórdão sobre o tema, conforme se denota pela ementa abaixo transcrita:



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

*CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE. Arguição de inconstitucionalidade da Portaria Procon nº 26/2006. Não acolhimento. Ato normativo impugnado (Portaria 26/2006) que somente visa estabelecer critérios para o cálculo das multas a serem aplicadas pela 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.*

#### **c - LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E PODER DISCRICIONÁRIO – PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Em razão do princípio da legalidade que norteia a Administração Pública (art. 37, caput, da Constituição Federal), todos os seus atos devem ter por origem a lei.

No âmbito do poder discricionário, ela irá delimitar a competência e a finalidade, em sentido estrito, dos atos administrativos que podem ser praticados conforme a conveniência e oportunidade do Poder Público.

Observados estes requisitos (competência e finalidade), abre-se à Administração a prerrogativa de exercer o direito de *opção legítima* pela prática de um ato cuja discricionariedade é permitida, seja de uma forma, seja de outra, desde que dotado de competência para praticá-lo e



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

desde que a finalidade almejada seja o bem comum.

Ao Poder Judiciário é defeso interferir no mérito do ato administrativo. Pode ele reconhecer sua ilegalidade em razão de *vício de competência, desvio de finalidade ou vício formal*, mas nunca analisar as razões de sua conveniência e oportunidade, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes prescrito no artigo 2º, da Constituição Federal, já que a harmonia e, sobretudo, independência entre os Poderes Executivo e Judiciário, restaria prejudicada.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de se referir ao Código de Trânsito Brasileiro, trata de forma procedente a impossibilidade de ingerência entre os poderes constituídos:

*"De outra parte, os critérios adotados pela administração pública para fixação dos limites de velocidade nas vias de trânsito estão relacionadas à discricionariedade estabelecida pelo próprio CTB, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade ou manifesto abuso de autoridade, adentrar no mérito do ato administrativo que os institui. O fundamento adotado pelo v. acórdão recorrido para anular os autos de infração não se sustenta. Não poderia aquela Corte substituir a administração pública e dizer qual a velocidade ideal (...)" (Resp nº 588.253-RJ - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. Em 18/5/2005)*



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

*"1. O Código de Trânsito Brasileiro permite ao administrador, no exercício do seu poder de polícia, insindicável pelo Judiciário, regular a velocidade(...). Em consequência, não malferir a lei o ato administrativo de polícia que fixa esses limites, porquanto a razoabilidade ou proporcionalidade da velocidade admitida é fruto da técnica do administrador, cuja aferição escapa ao poder judicante na esfera do recurso especial, quer pela invasão da matéria fática, quer pela intromissão indevida no âmbito do administrador." (REsp 451.242/RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., julg, em 11.02.03, DJ 10.03.2003)*

Com efeito, desqualificar totalmente o conteúdo do auto de infração, conforme determinado na sentença e confirmado no V. Acórdão de fls. extrapola o limite imposto pelo artigo 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 ao recorrido e sua quantificação.

Para que a multa atinja sua finalidade punitiva e educativa, não pode refletir valor irrisório, porquanto somente com o efetivo ressentimento financeiro do ofensor é que ele se sentirá persuadido a obedecer aos comandos protetivos contidos no Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública.



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Com efeito, conclui-se que o valor da multa aplicada não tem caráter confiscatório e, por conseqüência, seu valor não se mostra desproporcional, notadamente ao porte econômico do recorrido.

Ademais, às multas administrativas não se cogita da aplicação do princípio de direito tributário que veda o confisco, já que a multa tem por finalidade desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência, e por isso mesmo constitui uma receita extraordinária ou eventual.

Para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança restem efetivamente desestimuladas.

Mais, a multa busca punir o contribuinte faltoso com suas obrigações (como busca reprimir, punindo, qualquer comportamento contrário à ordem jurídica).



# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

Destarte, os princípios que regem as infrações são distintos daqueles que informam a tributação. Há diferença ontológica, o que não permite comparação de uma situação com a outra.

Ante o exposto, interpõe-se o presente recurso a fim de reconhecer a afronta, pelo V. Acórdão recorrido, ao artigo 2º, da Constituição Federal e, conseqüentemente, restabelecer a multa originalmente imposta pela Fundação PROCON-SP no legítimo exercício do poder de polícia do mercado de consumo que lhe foi conferido pela Lei Estadual Paulista n.º 9.192/95 com supedâneo da Constituição Federal, artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V.





# PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## ASSESSORIA JURÍDICA

### Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

#### 6 - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tendo havido manifesta afronta ao artigo 2º, da Constituição Federal, a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON-SP requer seja dado PROVIMENTO ao presente recurso para julgar totalmente improcedente a ação.

Tudo por ser medida da mais lúdima  
JUSTIÇA !

São Paulo,  
quarta-feira, 14 de dezembro de 2016.

**VINÍCIUS JOSÉ ALVES AVANZA**

Procurador do Estado - OAB/SP N° 314.247