



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
 Praça Almeida Jr. - Número: 72, Sala: 11 - Liberdade
 CEP: 01510-010 - São Paulo - SP
 Telefone: 3277 - 7920 - E-mail: spfiscestad@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **1000421-96.2021.8.26.0014**
 Classe - Assunto: **Embargos à Execução Fiscal - Dívida Ativa**
 Embargante: **Telefônica Brasil S.A.**
 Embargado: **PROCON - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **William Mikalauskas**

Vistos.

TELEFÔNICA BRASIL S.A. opôs embargos à execução fiscal que lhe move a **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** onde alega: impossibilidade de reforma prejudicial de decisão administrativa, inexistência de prova da infração por impossibilidade de inversão do ônus da prova, nulidade das decisões administrativas por falta de motivação e ausência de violação à norma consumerista. Defende, ainda, equívoco na dosimetria da multa.

Impugnação da FESP a fls. 637/650.

A embargante se manifestou sobre a impugnação a fls. 673/679.

É o relatório.

FUNDAMENTO E DECIDO.

O feito comporta julgamento antecipado nos termos do artigo 17, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais.

A embargante foi autuada por infração ao artigo 5º da Lei Estadual nº 13.226/08 e ao artigo 3º, § 1º, do Decreto nº 53.921/08, violado, assim, o artigo 39, "caput", do CDC. E quanto a isso, alega ausência de comprovação da infração, sendo regular sua conduta.

Ocorre que a infração (artigo 5º, parágrafo único, do Decreto nº 53.921/08), ao contrário do sustentado, está devidamente comprovada.

As informações constantes do AIIM, quais sejam, protocolo de reclamação, data da ligação, data do bloqueio e número do telefone que recebeu e do qual se originou a chamada, (fls. 75/79) são suficientes para delinear a conduta motivadora da autuação.

A relação das chamadas fornecida pela concessionária de serviços de telefonia somente seria necessária caso houvesse impossibilidade de identificação do número de telefone



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
 VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
 Praça Almeida Jr. - Número: 72, Sala: 11 - Liberdade
 CEP: 01510-010 - São Paulo - SP
 Telefone: 3277 - 7920 - E-mail: spfiscestad@tjsp.jus.br

que originou a ligação indesejada. Sendo que, na hipótese dos autos, os consumidores conseguiram identificar o número da embargante.

No sentido da dispensabilidade da apresentação da relação de chamadas, o e.TJ-SP já assentou entendimento: *"APELAÇÃO – CONSUMIDOR – Ação ordinária pela qual a autora pretende a anulação de auto de infração bem como multa imposta em razão da realização de ligações de telemarketing para números previamente bloqueados – Sentença de improcedência que deve ser parcialmente reformada tão somente quanto a condenação em honorários advocatícios – Subsistência do auto de infração diante da desnecessidade de juntada da relação de chamadas, prevista no decreto estadual nº 53.921/2008 – Dosimetria da multa que observou os critérios previstos no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor e portarias normativas 26 e 45 – Honorários redimensionados nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º, 8º e 11º do CPC/15. Recurso provido em parte."* (TJSP; Apelação Cível 1010285-46.2018.8.26.0053; Relator (a): Rubens Rihl; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 26/02/2019; Data de Registro: 27/02/2019).

Por fim, o artigo 56 do CDC dispõe que as infrações às normas de defesa do consumidor ficam sujeitas às sanções administrativas, e o artigo 2º, *caput*, da Portaria PROCON nº 26/06, por sua vez, determina a lavratura de auto de infração e a instauração de procedimento administrativo sancionatório quando verificados indícios de ocorrência de infração às normas consumeristas.

E anota-se que o conceito de *telemarketing* abrange não apenas ligações realizadas com o propósito de venda, mas o conjunto de ações e estratégias voltadas à divulgação de produto ou serviço e à compreensão do público alvo e de suas necessidades.

A alegação de que não houve dano ao consumidor não prospera. Havendo descumprimento da legislação estadual que instituiu o bloqueio de ligações de *telemarketing*, caracteriza-se a conduta prevista no artigo 39, *caput*, do CDC e a consequente aplicação de multa.

Assim, de rigor a autuação e a aplicação da penalidade.

Prosseguindo, a embargante se insurge quanto à multa e ao valor da receita bruta considerada pela Fundação para calculá-la, alega tratar-se de valor irreal, devendo a base de cálculo da multa se basear no faturamento do estabelecimento infrator. Alega também a não aplicação da Portaria PROCON 45/2015 por ter entrado em vigor meses após a lavratura do auto de infração.

De início, sobre a aplicabilidade da Portaria PROCON 45/2015, vale mencionar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS

VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS

Praça Almeida Jr. - Número: 72, Sala: 11 - Liberdade

CEP: 01510-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3277 - 7920 - E-mail: spfiscestad@tjsp.jus.br

que, por se tratar de norma instrumental que não agrava ou atenua conduta do infrator consumerista, sua aplicação é imediata, em aplicação analógica do artigo 14 do Código de Processo Civil.

E sobre a proibição de *reformatio in pejus*, vale destacar que tal proibição não se aplica no caso de recurso em processo administrativo, se aplicando somente em caso de revisão de ofício, conforme entendimento balizador do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ATENDIMENTO BANCÁRIO. REGULAMENTAÇÃO POR NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS LOCAIS. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PARA RATIFICAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECRUDESCIMENTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM RECURSO DO ADMINISTRADO. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. POSSIBILIDADE. 1. Os municípios têm competência para regulamentar o atendimento ao público em instituições bancárias, uma vez que se trata de matéria de interesse local. 2. A jurisprudência da Corte sobre a matéria foi ratificada pelo Plenário desta Corte quando do julgamento do RE 610.221, da Relatoria da E. Min. Ellen Gracie, cuja Repercussão Geral restou reconhecida. 3. A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em reformatio in pejus no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais. (...) (1ª Turma Ag. Reg. no RE com Ag. 641.054/RJ relator: Min. Luiz Fux. 22/05/2012)

Continuando, a Portaria PROCON 45/2015, em seu artigo 32, estipula que a condição econômica para aferição da base de cálculo da pena base será apontada pelo faturamento bruto do estabelecimento infrator:

Art. 32. A condição econômica do autuado será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo Procon-SP.

Já o §1º do mencionado artigo indica que o montante apurado pelo PROCON poderá ser impugnado com a apresentação dos seguintes documentos:

§ 1º A média da receita mensal bruta estimada pelo Procon-SP poderá ser impugnada, no processo administrativo, no prazo da defesa, a contar da citação do autuado, sob



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
Praça Almeida Jr. - Número: 72, Sala: 11 - Liberdade
CEP: 01510-010 - São Paulo - SP
Telefone: 3277 - 7920 - E-mail: spfiscestad@tjsp.jus.br

pena de preclusão, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos, ou quaisquer outros que os substituam por força de disposição legal:

I – guia de informação e apuração de ICMS – GIA, com certificação da Receita Estadual;

II – declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;

III – demonstrativo de resultado do exercício – DRE, publicado;

IV – declaração de Imposto de Renda, com certificação da Receita Federal;

V – sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – DARF SIMPLES, com comprovante de recolhimento acompanhado do respectivo Extrato Simplificado.

E o §3º dispõe que caso não exista somente um estabelecimento infrator possível de ser apontado, os faturamentos de todos os estabelecimentos atingidos devem ser computados:

§3º A receita considerada será referente a 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.

No caso, como a infração ocorreu pela matriz da embargante, conforme indicação nos autos de infração a fls. 75, não tendo a embargante apontado qualquer outro estabelecimento, há necessidade de se aplicar o §3º do artigo 32 da Portaria 45/2015, e como a embargante tampouco comprovou qual o valor correto para o seu faturamento, com a juntada de algum dos documentos indicados na norma, o valor apontado pela embargada não merece reparo.

Vale mencionar que o cálculo da multa aplicada atende critérios objetivos dispostos na Portaria 26/06 do PROCON. Estipula o art. 18 da Portaria 26/06 do PROCON, quanto à fórmula para calcular a pena base da multa:

Artigo 18 - A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:

" PE + (REC . 0,01) . (NAT) . (VAN) = PENA BASE "

Onde:

PE - definido pelo porte econômico da empresa;

REC - é o valor da receita bruta;

NAT - representa o enquadramento do grupo da gravidade da infração (Natureza);

VAN - refere-se à vantagem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS

VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS

Praça Almeida Jr. - Número: 72, Sala: 11 - Liberdade

CEP: 01510-010 - São Paulo - SP

Telefone: 3277 - 7920 - E-mail: spfiscestad@tjsp.jus.br

§ 1º - O porte econômico da empresa será determinado em razão de sua receita e obedecerá aos critérios de classificação para arrecadação fiscal, recebendo um fator fixo, a saber:

- a) Micro Empresa = 220;
- b) Pequena Empresa = 440;
- c) Médio Porte = 1000;
- d) Grande Porte = 5000.

§ 2º - O elemento REC será a receita bruta da empresa, aplicando-se um fator de correção de curva progressivo quando superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), assim determinado:

$$REC = [(VALOR DA RECEITA - R\$ 120.000,00) \times 0,10] + R\$ 120.000,00$$

§ 3º - O fator Natureza será igual ao grupo do enquadramento da prática infrativa classificada no Anexo I.

§ 4º - A Vantagem receberá o fator abaixo relacionado, determinado pela vantagem com a prática infrativa:

- a) Vantagem não apurada ou não auferida = 1
- b) Vantagem apurada = 2

Na espécie, adotando-se a receita apontada pelo próprio PROCON, no valor de **R\$ 808.279.833,33** e calculando-se o porte econômico com base na fórmula " $REC = [(VALOR DA RECEITA - R\$ 120.000,00) \cdot 0,10] + R\$ 120.000,00$ ", atinge-se o valor de **R\$ 80.935.983,33**.

Já o valor da pena base, calculado segundo a fórmula " $PE + (REC \cdot 0,01) \cdot (NAT) \cdot (VAN) = PENA BASE$ ", é o seguinte: $5000 + (80.935.983,33 \cdot 0,01) \cdot 3 \cdot 1 = \mathbf{R\$ 2.433.079,50}$.

Para fins do cálculo em questão, considerou-se o grande porte da embargante (fls. **597**), a receita mensal bruta supra estabelecida com o fator de correção de curva progressivo, a inexistência de vantagem auferida (fls. **597**) e o grupo da infração praticada pela embargante (grupo III), resultando no valor apurado conforme a fórmula prevista na portaria.

Assim, correto o cálculo efetuado pela embargada.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os embargos à execução fiscal. Em consequência, condeno o embargante ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios que arbitro nos termos do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil, no parâmetro mínimo, observado o valor atualizado da causa. Observe-se, se o caso: 1. o disposto no §16º do artigo 85 do CPC e 2. a suspensão da exigibilidade em relação à parte que haja



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS ESTADUAIS
Praça Almeida Jr. - Número: 72, Sala: 11 - Liberdade
CEP: 01510-010 - São Paulo - SP
Telefone: 3277 - 7920 - E-mail: spfiscestad@tjsp.jus.br

sidio beneficiada com o deferimento de benefício da gratuidade de justiça.

P.R.I.

São Paulo, 29 de março de 2022.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**