



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.971 - SP (2019/0006347-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**
ADVOGADOS : **SÍLVIA ZEIGLER - SP129611**
ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) -
SP185441
JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR**
PROCON
PROCURADORES : **FREDERICO BENDZIUS - SP118083**
MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) -
SP106081

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PUBLICIDADE ENGANOSA E PRÁTICA ABUSIVA. ARTIGOS 37, § 1º, 39, *CAPUT*, 55, § 1º, E 57 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PODER DE POLÍCIA DE CONSUMO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. APURAÇÃO DE PORTE ECONÔMICO. *QUANTUM* DA MULTA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Na origem, trata-se de Ação Anulatória ajuizada por rede de supermercados para invalidar multa administrativa imposta pelo Procon-SP por ofensa ao art. 37, § 1º (publicidade enganosa comissiva), e ao art. 39, *caput* (prática abusiva), do Código de Defesa do Consumidor. As infrações ocorreram na veiculação de anúncio no jornal *Folha de S. Paulo*, no período da Páscoa, com o título "Pra Família se Esbaldar". A ação foi julgada improcedente na primeira instância, cuja decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

2. No principal, acolher a pretensão recursal com o objetivo de rever o entendimento do Tribunal de Justiça para descaracterizar e afastar a imputação de publicidade enganosa e de prática abusiva, assim como para alterar o valor da multa fixada, demanda, *in casu*, revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, à luz do óbice da Súmula 7 do STJ.

3. Quanto ao mais, o acórdão recorrido está de acordo com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência do STJ, na medida em que ambos repelem vigorosamente a publicidade enganosa, seja comissiva, seja omissiva, e as práticas abusivas.

DIREITO À INFORMAÇÃO E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

4. Uníssona a jurisprudência do STJ ao vedar e punir oferta e publicidade enganosas e vinculá-las ao direito de informação e, em sentido mais amplo, à principiologia do Direito do Consumidor, em particular, proximamente, aos princípios da *transparência*, da *confiança* e da *boa-fé objetiva*, e, remotamente, aos princípios da *solidariedade*, da *vulnerabilidade do consumidor* e da *concorrência leal*. Precedentes do STJ.

ENGANOSIDADE POR DISCREPÂNCIA ENTRE TÍTULO, CONTEÚDO E RESSALVA DE MENSAGEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Título, chamada, conteúdo principal e eventuais notas explicativas de oferta, publicitária ou não, devem guardar perfeita harmonia entre si. Impróprio ao acessório no anúncio contradizer, esvaziar ou negar o principal. Assim, ressalva ou reserva – caso se pretenda frustrar ou substancialmente condicionar a mensagem de maior destaque ou impacto – deveriam elas próprias assumir a função de título e de corpo, e não o inverso. Daí absolutamente ilícito, de maneira aberta ou dissimulada, desdizer, contrariar, exonerar ou limitar, em ressalva no pé ou lateral de página, ou por qualquer outro meio, o que, com realce, se afirmou ou se insinuou na oferta ou anúncio. Precedente do STJ.

PRÁTICA ABUSIVA

6. O art. 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor veda e pune, genericamente, práticas comerciais abusivas de natureza pré-contratual, contratual e pós-contratual. Vários incisos exemplificativos (*numerus apertus*) desse dispositivo listam, especificamente, tipologia mínima de abusividade ("dentre outras"). Tudo sem prejuízo, primeiro, de modalidades complementares previstas em diversos preceitos normativos no próprio microsistema do CDC e em diplomas correlatos, inclusive penais, de cunho sanitário, de economia popular, de concorrência etc (= diálogo das fontes); e, segundo, de abundante e fluida casuística reconhecida como tal pelo juiz, com arrimo em litígios aflorados no mundo comercial. Juridicamente falando, deve-se entender *prática* como sinônimo de comportamento e de conduta, em que abusiva vem a ser a ação ou a omissão *per se*, não a sua reiteração ou habitualidade. Incompatível com a hermenêutica do CDC cogitar de equiparar *prática abusiva* com *atividade abusiva*, o que levaria ao absurdo de – pouco importando a gravidade, a lesividade ou o número de vítimas do ato imputado – franquear ao fornecedor infringir a lei livremente, desde que o faça uma vez apenas. Numa palavra: garantia de gratuidade e de impunidade da primeira prática abusiva!

7. Refreada *in abstracto*, a ilicitude de prática abusiva enquadra-se *in re ipsa*, independentemente de verificação de dano efetivo do consumidor. Por outro lado, mais do que a *abuso de direito*, prática abusiva refere-se a *abuso de poder*: poder econômico, poder mercadológico, poder de informação, poder tecnológico, poder religioso, poder de manipulação. Não equivale exatamente a abuso de direito, pois, embora o abranja, muito extrapola suas fronteiras.

PUBLICIDADE COMPARATIVA COMO PRÁTICA ABUSIVA

9. Publicidade comparativa, em si, não contradiz o espírito e a letra do CDC. Muito ao contrário, serve para ampliar o grau e a qualidade da informação existente no mercado, estimulando a concorrência e fortalecendo a liberdade de escolha do consumidor. Contudo, o legal vira ilícito, e o legítimo vira abusivo quando a publicidade comparativa manipula ou suprime dados, ou os utiliza infringindo condição de divulgação fixada pela fonte de origem. Em tais circunstâncias, a publicidade comparativa se converte em prática abusiva, podendo, em acréscimo e simultaneamente, tipificar oferta (publicitária ou não) enganosa ou abusiva.

PODER DE POLÍCIA DE CONSUMO

10. O controle administrativo (e judicial) das desconformidades de consumo precisa ser, antes de tudo, preventivo e *in abstracto*, com foco no *risco* de dano, e não do dano em si. A autoridade administrativa não só pode como deve *atuar de ofício*. Logo, inócuo, por conseguinte, perquirir a presença de reclamação de consumidor ou de alegação de prejuízo concreto como pressuposto indispensável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o desempenho do poder de polícia de consumo.

11. Um dos critérios, de têmpera objetiva e isonômica, para evitar caráter irrisório ou confiscatório da multa administrativa sobrev m com a dosagem do seu valor conforme o porte econômico do contraveniente ("condi o econ mica do fornecedor"). Para esse fim, o  rgo de defesa do consumidor lançará mão de informa es públicas disponíveis ou, na carência destas, usar  arbitramento razoável, facultado ao infrator – a qualquer momento, desde que até a prola o da decisão administrativa – comprovar *documentalmente* o real faturamento e condi o econ mica. Trata-se, por óbvio, de  nus processual, de defesa de interesse próprio disponível, portanto sujeito   preclusão, caso dele não se desincumba a tempo.

12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 10 de março de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.971 - SP (2019/0006347-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**
ADVOGADOS : **SÍLVIA ZEIGLER - SP129611**
ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) - SP185441
JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON**
PROCURADORE : **FREDERICO BENDZIUS - SP118083**
S
MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) - SP106081

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da Constituição da República) interposto contra acórdão assim ementado:

APELAÇÃO - Multa do PROCON - Publicidade enganosa - Conduta que se enquadra nos arts. 37, § 1º e 39, do Código de Defesa do Consumidor - Processo administrativo válido, de acordo com a Portaria Normativa nº 33/2009 - Multa aplicada de acordo com as disposições legais - Sentença parcialmente reformada apenas para fixar os honorários advocatícios nos moldes do art. 85, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil - Recurso da autora desprovido e provido o recurso da ré.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 443-445, e-STJ).

Aponta a empresa violação dos arts. 37, § 1º, 39, *caput*, e 57 do CDC.

Em suas razões, alega (fls. 448-466, e-STJ):

No caso em debate, revelou-se equivocada a aplicação da norma legal em referência pelo Tribunal Estadual, na medida em que a Recorrente em momento algum afrontou o Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que concerne às regras de publicidade e a vedação sobre práticas abusivas.

[...]

No entanto, Nobres Ministros, para que a publicidade veiculada pela Recorrente pudesse ser tida como enganosa, esta deveria ser falsa ou induzir o consumidor em erro, o que não se vislumbrou na espécie.

A verdade é que, diferentemente do quanto alegado pela Recorrida e acolhido pelo Tribunal *a quo*, a publicidade que se encontra *sub judice* não se enquadra nos termos do art. 37, § 1º, do Código de Defesa do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consumidor.

[...]

A forma de cálculo adotada pela Recorrida e utilizada para a aplicação da multa ora em discussão claramente viola o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, pois o que prepondera é a receita do fornecedor, quando deveria haver um equilíbrio entre a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

Essa distorção acarreta a aplicação de multas desproporcionais para infrações de menor gravidade sempre que se está diante de uma empresa de grande porte, como é o caso da Recorrente, o que não pode ser admitido.

Contrarrazões às fls. 474-506, e-STJ.

O Ministério Público Federal, mediante a petição das fls. 565-568, e-STJ, esclareceu por que não se manifestaria sobre o mérito do pedido. Afirmou que, "identificada a natureza da lide e a qualidade das partes, capazes e bem representadas, não se vislumbrando quaisquer das hipóteses do artigo 178 do novo CPC (Lei nº 13.105/2015) e não revelando a matéria versada sobre tema que permita entrever a necessidade de intervenção ministerial, a teor do regramento constante dos artigos 127 e 129 da Constituição da República, a manifestação do Ministério Público Federal quanto ao mérito é desnecessária".

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.971 - SP (2019/0006347-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Na origem, trata-se de Ação Anulatória ajuizada por rede de supermercados para invalidar multa administrativa imposta pelo Procon-SP por ofensa ao art. 37, § 1º (publicidade enganosa comissiva) e ao art. 39, *caput* (prática abusiva), do Código de Defesa do Consumidor. As infrações ocorreram na veiculação de anúncio no jornal *Folha de S. Paulo*, no período da Páscoa, com o título "Pra Família se Esbaldar". A ação foi julgada improcedente na primeira instância, cuja decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Realço, inicialmente, o trabalho esmerado, de elevado conteúdo dogmático e argumentativo, das Advogadas da recorrente, Doutoradas Silvia Zeigler e Juliana de Sousa Feldman, e do Procurador do Estado Vinícius José Alves Avanza.

Segundo aponta o Juiz de Direito **Adriano Marcos Laroça** na impecavelmente fundamentada sentença, "é contraditório anunciar em letras garrafais, slogan que remete à ideia de grande quantidade de produtos, e ressaltar em letras bem pequenas, a garantia mínima de cinco produtos por loja. Também foi feita referência à possibilidade de algumas mercadorias não estarem disponíveis".

O Tribunal de origem, por sua vez, em acórdão da relatoria segura e judiciosa do Desembargador **Moreira de Carvalho**, consignou (grifei):

Ao que se depreende dos autos a empresa autora teve lavrado contra si, auto de infração, por veicular propaganda enganosa de produtos de páscoa, no jornal "Folha de São Paulo", com o anúncio "Pra Família se Esbaldar" e divulgação de pesquisa de preços de produtos (bolos, bombons e ovos de páscoa) realizada pelo PROCON, nos dias 12, 13 e 14 de março de 2012, em dez estabelecimentos comerciais, incluindo a autora.

O auto de infração apontou como irregularidades: a) infração ao art. 37, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, por ser o anúncio contraditório, ao passo que garantia apenas cinco unidades de cada produto por loja, mas utilizava o slogan "Pra Família se Esbaldar"; b) infração ao art. 37, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, por omitir os nomes dos demais fornecedores listados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na pesquisa de preços e c) por ter utilizado dados da pesquisa de preços, a despeito da proibição de uso para fins publicitários.

[...]

No caso em tela, *a divulgação em jornal de grande circulação, do anúncio, com os dizeres em letras grandes “Pra Família se Esbaldar”, remete à existência de grande quantidade de produtos ofertados e é contrariada pela ressalva, feita em letras muito menores, quanto a garantia mínima de cinco unidades por loja, bem como, à referência de possibilidade de alguns produtos não estarem disponíveis.*

Da mesma forma, *a divulgação distorcida de pesquisa de mercado feita pelo PROCON, deu a entender que todos seus estabelecimentos teriam menores preços em comparação com as demais lojas pesquisadas, por possuírem maior quantidade de produtos, o que na realidade não restou comprovado, tendo em vista que foi dado maior destaque à algumas filiais.*

Some-se a isso, o fato de que *o PROCON expressamente proibiu a veiculação da pesquisa para fins publicitários, o que não foi respeitado pela empresa autora.*

Conclui-se, portanto, que a publicidade veiculada pela autora foi enganosa, nos moldes do art. 37, supramencionado.

Quanto ao processo administrativo, não há que se falar em nulidade, tendo em vista que não houve desrespeito ao art. 2º da Portaria Normativa nº 33/2009, em vigor à época dos fatos, que assim dispunha:

[...]

Isso porque, eventual inversão da ordem quanto à lavratura do auto de infração e instauração do processo administrativo não tem o condão de, por si só, caracterizar nulidade, eis que observados o contraditório e a ampla defesa. Da mesma forma, divulgação de notícias do ocorrido, como bem ressaltado pelo Magistrado “a quo”, está em consonância com o princípio da publicidade.

Verifica-se, portanto, que não foram constatados nos autos elementos que afastem a presunção de legitimidade e veracidade do auto administrativo.

[...]

No presente caso, *da análise dos documentos acostados aos autos, em especial à fls. 78, verifica-se que a fixação do valor da multa obedeceu os dispositivos acima citados, levando em conta a gravidade da infração e a média mensal das receitas do estabelecimento infrator, devendo, portanto, ser mantida.*

1. Incidência da Súmula 7

No principal, acolher a pretensão recursal com o objetivo de rever o entendimento do Tribunal de Justiça para descaracterizar e afastar a imputação de publicidade enganosa e de prática abusiva, assim como para alterar o valor da multa fixada, demanda, *in*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

casu, revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, à luz do óbice da Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. PROPAGANDA ENGANOSA. SERVIÇO DE INTERNET MÓVEL. ABUSIVIDADE COMPROVADA. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CRITÉRIOS PARA EVENTUAL LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF.

[...]

2. Na discussão sobre a existência de propaganda enganosa praticada pela empresa na venda de serviços de internet móvel, o exame da afirmativa de que as informações necessárias para o consumidor estavam presentes na peça publicitária veiculada, exige o reexame do contexto fático-probatório dos autos, providência essa incompatível com a via especial, conforme óbice insculpido na Súmula 7/STJ.

[...]

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 320.513/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28/09/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA IMPOSTA PELO PROCON À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OFENSA AO ART. 50, II, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. CONDUTA DO AGRAVANTE. PROPAGANDA ENGANOSA CARACTERIZADA. *QUANTUM* DA MULTA. REVISÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...]

2. A Corte local, examinando os elementos de fatos e provas dos autos, concluiu que a conduta do agravante caracterizou propaganda enganosa, além de que o *quantum* da multa seria razoável para a hipótese. Desse modo, alterar tais entendimentos demandaria nova análise do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

[...]

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 870.024/Sp, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/09/2016).

No mais, o acórdão recorrido está de acordo com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência do STJ, na medida em que ambos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

repelem vigorosamente, como em seguida se verá, a publicidade enganosa, seja comissiva, seja omissiva, e as práticas abusivas.

2. Publicidade enganosa

Uníssona a jurisprudência do STJ ao vedar e punir a oferta ou publicidade enganosa e vinculá-las ao direito de informação e, mais amplamente, à principiologia do Direito do Consumidor, em particular, direta ou proximamente, aos princípios da *transparência*, da *confiança* e da *boa-fé objetiva*, e, indireta ou remotamente, aos princípios da *solidariedade*, da *vulnerabilidade do consumidor* e da *concorrência leal*.

Confiram-se, inicialmente, três precedentes da Segunda Turma: "O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC" (REsp 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/3/2009); "O consumidor tem, como direito básico, o de informação expressa e adequada sobre o produto ou o serviço que deseja adquirir ou contratar, sendo proibida a publicidade enganosa, capaz de induzir em erro o consumidor (arts. 31 e 37 do CDC)" (AgInt no AREsp 838.346/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 19/4/2016); "Derivação próxima ou direta dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, e, remota dos princípios da solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor, bem como do princípio da concorrência leal, o dever de informação adequada incide nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, e vincula tanto o fornecedor privado como o fornecedor público" (AgRg no REsp 1.261.824/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9/5/2013).

Em sentido assemelhado, dois precedentes da Segunda Seção: "O princípio da transparência (art. 6º, III, do CDC) somente será efetivamente cumprido pelo fornecedor quando a informação publicitária for prestada ao consumidor de forma adequada, clara e especificada, a fim de garantir-lhe o exercício do consentimento informado ou vontade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificada" (REsp 1.540.566/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 18/9/2018); "O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual" (REsp 1.188.442/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 5/2/2013).

Quanto ao regime de responsabilidade, a configuração do *ilícito civil* de oferta – publicitária ou não – enganosa ou abusiva, bem como de prática abusiva, insere-se no domínio da *responsabilidade civil objetiva*, donde incabível a discussão sobre dolo ou culpa. "O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração" (REsp 1.329.556/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 9/12/2014); "Note-se que o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor não trata do *animus laedendi* daquele que fez veicular publicidade enganosa. Por expressa previsão legal, cabe a quem patrocina a informação ou comunicação publicitária a prova da veracidade e correção (ausência de abusividade) das informações veiculadas" (AgRg no REsp 1528428/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 18/5/2016).

No terreno específico da *responsabilidade administrativa* (hipótese dos autos), de acordo com a jurisprudência do STJ, "A publicidade enganosa, a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), *não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor*". Dispensável, ademais, "que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial par formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão" (REsp 1.317.338/MG, Rel. Min. Mauro Campbell



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Marques, Segunda Turma, DJe de 1º/4/2013, grifei).

3. Enganosidade por discrepância entre título, conteúdo e ressalva de mensagem

Título, chamada, conteúdo principal e eventuais notas explicativas de oferta, publicitária ou não, devem guardar perfeita harmonia entre si. Impróprio ao acessório na oferta ou anúncio contradizer, esvaziar ou negar o principal. Assim, ressalva ou reserva – caso se pretenda frustrar ou substancialmente condicionar a mensagem de maior destaque ou impacto – deveriam elas próprias assumir a função de título e de corpo, e não o inverso. Daí absolutamente ilícito, de maneira aberta ou dissimulada, desdizer, contrariar, exonerar ou limitar, em ressalva no pé ou lateral de página, ou por qualquer outro meio, o que, com realce, se afirmou ou se insinuou na oferta ou anúncio.

Já decidiu o STJ: "Rodapé ou lateral de página não são locais adequados para alertar o consumidor, e, tais quais letras diminutas, são incompatíveis com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, tanto mais se a advertência disser respeito à informação central na peça publicitária e a que se deu realce no corpo principal do anúncio, expediente astucioso que caracterizará publicidade enganosa por omissão, nos termos do art. 37, §§ 1º e 3º, do CDC, por subtração sagaz, mas nem por isso menos danosa e condenável, de dado essencial do produto ou serviço" (AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9/5/2013).

Expressões e informações vagas ("enquanto durar o estoque" ou assemelhadas), bem como oferta, em veículo de grande circulação, de produto que exista em número reduzido, ou com estoque só em algumas filiais, ofendem o sistema de proteção do consumidor e configuram publicidade enganosa, pois omitem dado relevante.

Sucedo, frequentemente, que tais ofertas, publicitárias ou não, constituem apenas "isca" para incitar o consumidor a se dirigir ao estabelecimento comercial e, uma vez lá, ser convencido a adquirir produto ou serviço alternativo ou de marca diferente da que originalmente desejava (= *bait and switch*, no jargão anglo-saxônico). "A obrigação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do '*caveat emptor*' como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão" (REsp 1.758.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 11/3/2019).

4. Prática abusiva

O art. 39, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor veda e pune, genericamente, práticas comerciais abusivas de natureza pré-contratual, contratual e pós-contratual. Vários incisos exemplificativos (*numerus apertus*) desse dispositivo listam, especificamente, tipologia mínima de abusividade ("dentre outras"). Tudo sem prejuízo de, primeiro, modalidades complementares previstas em diversos preceitos normativos no próprio microsistema do CDC e em estatutos correlatos, inclusive penais, de cunho sanitário, de economia popular, de concorrência, etc. (= diálogo das fontes); e, segundo, de abundante e fluida casuística reconhecida como tal pelo juiz, com arrimo em litígios aflorados no mundo comercial.

No CDC, prática abusiva exterioriza-se por desconformidade com padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor, compondo *gênero*, no qual se incluem espécies e subespécies ilimitadas que, diante da mutabilidade do mercado de consumo, rejeitam descrição prévia, moldura fechada insculpida em pedra pelo legislador, administrador, juiz, ou pela doutrina. Entre os vários critérios empregados na identificação administrativa ou judicial *ad hoc* de abusividade, dois se destacam: a) contrariedade direta ou indireta a comando legal expresso e b) afronta a princípios fundamentais da proteção do consumidor, entre eles a dignidade da pessoa humana, a vulnerabilidade do consumidor, a transparência, a boa-fé objetiva, a função social do negócio de consumo, a salvaguarda especial dos hipervulneráveis, a sustentabilidade ambiental do exercício comercial. Por outro lado, refreada *in abstracto*, a ilicitude de prática abusiva enquadra-se *in re ipsa*, independentemente de verificação de dano efetivo do consumidor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mais do que a *abuso de direito*, prática abusiva refere-se a *abuso de poder*: poder econômico, poder mercadológico, poder de informação, poder tecnológico, poder religioso, poder de manipulação. Não equivale exatamente a abuso de direito, pois, embora o abranja, muito extrapola suas fronteiras. Revela-se tanto quando há direito na antessala da procedência (= legitimidade do título) e excesso na sala da descendência (= ilegitimidade do exercício) como quando inexistente qualquer direito anterior, e sua prática, em tais termos, encarna puro abuso do começo ao fim.

Juridicamente falando, deve-se entender *prática* como sinônimo de comportamento e de conduta, em que abusiva vem a ser a ação ou a omissão *per se*, não a sua reiteração ou habitualidade. Incompatível com a hermenêutica do CDC cogitar de equiparar *prática abusiva* com *atividade abusiva*, o que levaria ao absurdo de – pouco importando a gravidade, a lesividade ou o número de vítimas do ato imputado – franquear ao fornecedor infringir a lei livremente, desde que o faça uma vez apenas. Numa palavra: garantia de gratuidade e de impunidade da primeira prática abusiva!

5. Publicidade comparativa como prática abusiva

Publicidade comparativa, em si, não contradiz o espírito e a letra do CDC. Muito ao contrário, serve para ampliar o grau e a qualidade da informação existente no mercado, estimulando a concorrência e fortalecendo a liberdade de escolha do consumidor.

Contudo, o legal vira ilícito, e o legítimo vira abusivo quando a publicidade comparativa manipula ou suprime dados, ou os utiliza infringido condição de divulgação fixada pela fonte de origem. Em tais circunstâncias, a publicidade comparativa se converte em prática abusiva, podendo, em acréscimo e simultaneamente, tipificar oferta (publicitária ou não) enganosa ou abusiva.

6. Poder de polícia sobre o consumo

O controle administrativo (e judicial) das desconformidades de consumo –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acidentes de consumo, inadequação de produtos e serviços, práticas abusivas, oferta e publicidade enganosa, cláusulas abusivas, entre outras – precisa ser, antes de tudo, preventivo e *in abstracto*, com foco no *risco* de dano, e não do dano em si. Inútil, por conseguinte, perquirir a existência ou não de reclamação de consumidor ou de alegação de prejuízo concreto como pressuposto indispensável para o desempenho do poder de polícia de consumo.

Segundo a Constituição de 1988, "o Estado *promoverá*, na forma da lei, a defesa do consumidor" (art. 5º, inciso XXXII, grifo acrescentado). O tom imperativo ("promoverá"), longe de representar mero acaso linguístico, revela, ao contrário, opção consciente do constituinte de estabelecer inequívoco e incondicionado dever estatal. Na mesma linha, o CDC dispõe ser princípio geral do microssistema "ação governamental no sentido de proteger *efetivamente* o consumidor" (art. 4º, II, grifo acrescentado). Especificamente disciplinando as sanções administrativas, o CDC ainda prescreve: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *fiscalizarão e controlarão* [...] a publicidade de produtos e serviços" (art. 55, § 1º, grifo acrescentado). Daí por que a autoridade administrativa não só pode como deve *atuar de ofício*.

A intervenção fiscalizadora e punitiva da Administração clama por exercício ativo e permanente, não bastando simplesmente o passivo e intermitente (após reclamação ou lesão). Logo, atuação *ex officio* da autoridade administrativa que vá além daquela escorada em provocação de terceiro indica zelo, eficácia e eficiência – rigorosamente o modelo preconizado pelo CDC para o poder de polícia sobre o consumo.

Sob tal pano de fundo, incumbe ao Estado lavrar auto de infração e instaurar procedimento administrativo independentemente do modo como tomou conhecimento do ilícito de consumo (reclamação do consumidor, de concorrente ou de outro órgão público; por notícia de jornal, revista, rádio, TV, folheto; denúncia anônima; ou qualquer meio, inclusive atos próprios de fiscalização, pesquisa e acompanhamento do mercado). A propósito, segue na mesma direção a Lei 9.784/1999, ao estatuir: "O processo administrativo pode iniciar-se *de ofício* ou a pedido de interessado" (art. 5º, grifei). Além disso, dispensável a fiscalização *in loco* quando a infração for formal, e não de resultado, ou, ainda, quando bastar exame de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos indiciários documentais, técnicos ou de constatação a distância.

7. Apuração de porte econômico

Na hipótese dos autos, diante dos termos incisivos de análise probatória do acórdão recorrido, não se podem rediscutir a aplicação concreta de critérios e o valor da multa, por conta do óbice da Súmula 7.

Ademais, a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo está em harmonia com a jurisprudência do STJ sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PREÇO DO PRODUTO OU SERVIÇO. INFRAÇÃO AO ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. CONHECIMENTO EX OFFICIO.

[...]

5. Sanções administrativas apresentam, a um só tempo, função punitiva (= repressiva) e função inibitória (= dissuasiva ou pedagógica), aquela destinada à reprimenda por ato já praticado, esta com a finalidade de desencorajar comportamento ilícito futuro, do próprio infrator (= dissuasão especial) ou de terceiros (= dissuasão geral). Haverão de ser fixadas em patamar que, no caso concreto, respeite a razoabilidade, de modo a rechaçar ora o caráter exagerado ou confiscatório, ora, no outro extremo, a irrisoriedade, que destrói a credibilidade da medida e permite ao infrator computá-la como "custo normal e vão do negócio". Daí que no cálculo da multa amiúde se deve levar em conta o faturamento bruto do fornecedor, e não o lucro específico com o ato ilícito em questão, pois do contrário, na prática, se equiparam injustamente, pela via transversa, pequeno e grande empresário.

6. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.419.557/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 7/11/2016).

De toda a sorte, interessa salientar, *obiter dictum*, que, consoante o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, a multa administrativa, além das funções punitiva e inibitória que lhe são inerentes, cumpre também serventia de retirar do infrator toda e qualquer lucratividade com a ilicitude ("vantagem auferida"), o que certamente concorre para coibir reiteração da conduta. Um dos critérios, de têmpera objetiva e isonômica, para evitar medida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irrisória ou confiscatória sobrevém com a dosagem do valor da sanção pecuniária conforme o porte econômico do transgressor ("condição econômica do fornecedor").

Para esse fim, o órgão de defesa do consumidor usará informações públicas disponíveis ou, na carência destas, utilizar-se-á de arbitramento razoável, facultando ao infrator – a qualquer momento, desde que até a prolação da decisão administrativa – comprovar *documentalmente* o real faturamento e condição econômica. Trata-se, por óbvio, de ônus processual, de defesa de interesse próprio disponível, portanto sujeito à preclusão, caso não se desincumba dele a tempo.

Insuficiente, para evitar a preclusão, simples impugnação genérica do valor da multa. Conveniente lembrar que, segundo o art. 434 do Código de Processo Civil, "Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações." Vale dizer: no processo administrativo de consumo configura ônus do autuado apresentar documentos que contestem critérios de identificação de sua condição econômica, eventualmente perfilhados pelo órgão de proteção do consumidor.

Descabido, então, após a decisão administrativa, pretender o infrator, em comportamento contraditório, beneficiar-se de sua própria inércia para impugnar a base de cálculo adotada pelo Procon (*venire contra factum proprium*), tudo à luz de dupla constatação: a) ninguém conhece melhor seu negócio do que o próprio dono e b) prova de defesa sobre o real faturamento não demanda esforço complexo, bastando juntada de documentos em poder da empresa. Na verdade, principalmente quando se está diante de pessoa jurídica de médio e grande porte, representada por escritórios de advogados experientes, deixar passar *in albis* a remição de tal ônus defensivo em tese sinaliza, de um lado, quebra da "lealdade" e da "boa-fé" administrativas, e, do outro, "agir de modo temerário" e negar-se a "prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos" (art. 4º, II, III e IV, da Lei 9.784/1999).

8. Honorários

Por fim, caso exista nos autos prévia fixação de honorários de advogado pelas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias de origem, determino a majoração em 10% sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça.

9. Conclusão

Por tudo isso, **conheço parcialmente do Recurso Especial para, nessa parte, negar-lhe provimento.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0006347-2 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.971 / SP

Número Origem: 10340407020168260053

PAUTA: 03/09/2019

JULGADO: 03/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADVOGADOS : SÍLVIA ZEIGLER - SP129611
 ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) - SP185441
 JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROCURADORES : FREDERICO BENDZIUS - SP118083
 MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) - SP106081

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0006347-2 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.971 / SP

Número Origem: 10340407020168260053

PAUTA: 03/10/2019

JULGADO: 03/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADVOGADOS : SÍLVIA ZEIGLER - SP129611
 ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) - SP185441
 JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROCURADORES : FREDERICO BENDZIUS - SP118083
 MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) - SP106081

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0006347-2 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.971 / SP

Número Origem: 10340407020168260053

PAUTA: 05/11/2019

JULGADO: 05/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADVOGADOS : SÍLVIA ZEIGLER - SP129611
 ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) - SP185441
 JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROCURADORES : FREDERICO BENDZIUS - SP118083
 MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) - SP106081

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0006347-2 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.971 / SP

Número Origem: 10340407020168260053

PAUTA: 05/12/2019

JULGADO: 05/12/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADVOGADOS : SÍLVIA ZEIGLER - SP129611
 ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) - SP185441
 JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROCURADORES : FREDERICO BENDZIUS - SP118083
 MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) - SP106081

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0006347-2 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.794.971 / SP

Número Origem: 10340407020168260053

PAUTA: 10/03/2020

JULGADO: 10/03/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
ADVOGADOS : SÍLVIA ZEIGLER - SP129611
ANDRÉ FERRARINI DE OLIVEIRA PIMENTEL E OUTRO(S) - SP185441
JULIANA DE SOUSA FELDMAN - SP316803
RECORRIDO : FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROCURADORES : FREDERICO BENDZIUS - SP118083
MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON E OUTRO(S) - SP106081

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Infração Administrativa - Multas e demais Sanções

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.