

VITOR MORAIS DE ANDRADE

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR**

MESTRADO EM DIREITO

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

São Paulo - 2005

VITOR MORAIS DE ANDRADE

**SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais na sub-área de concentração de Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação do Prof. Doutor Marcelo Gomes Sodré.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

São Paulo - 2005

Banca Examinadora

Agradeço

ao professor Marcelo Sodré pela paciência e oportunidade de aprendizado constante, cujo apoio, amizade e orientação foram essenciais para conclusão deste trabalho;

aos meus pais Pedro e Maria José pelo eterno apoio e incentivo em todos os momentos;

à minha querida irmã Rita e minha sobrinha Olívia que mesmo sem saber foram responsáveis pelos bons pensamentos que me acalmavam durante as crises para escrever este trabalho;

aos meus avós Francisco, Elisa, Fernando (*in memoriam*) e Maria Morais (*in memoriam*) cujo exemplo de luta e sabedoria são exemplos para toda minha vida;

à querida professora e amiga Belinda, cujas mãos me carregaram para vida acadêmica e me abriram as portas de um novo mundo;

à Regina Querido, pelo carinho, apoio e incentivo, essenciais para superar os momentos difíceis vividos neste período;

ao amigo Thiago Pizarro pelas inúmeras conversas e auxílio na revisão deste trabalho;

à Daniela Cordeiro, pelo auxílio na bibliografia;

à Patrícia Caldeira pelas opiniões, ajuda e incentivo na conclusão deste trabalho;

à Milena, Alessandro, Chrysthian, Marcus Vinícius, Vinícius Zwarg, Daniel Tai e Chedid pelo apoio e amizade

à Kátia, pelos bons momentos;

aos colegas do Departamento de Direitos Difusos e Coletivos, em especial os professores Maria Stella Gregori, Frederico Carvalho Costa Neto, Paulo Feuz e Alexandre Malfati, pela confiança e constantes trocas de idéias;

ao Ricardo Morishita pela confiança e conselhos no desenvolvimento deste trabalho.

aos colegas do DPDC, em especial ao Cláudio Peret, pela colaboração na pesquisa e opiniões;

A todos os alunos e colegas da PUC/SP, pela oportunidade de aprender ensinando.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar os principais conflitos existentes na aplicação das sanções administrativas com fundamento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Para analisar a atuação punitiva da Administração Pública que se faz por meio das sanções apresentamos, inicialmente, os conceitos genéricos sobre as diversas facetas do tema “sanção” até a delimitação do sentido e alcance das sanções administrativas e como elas são aplicadas com base no Código de Defesa do Consumidor. Tratamos, em seguida, da regulamentação dos procedimentos para aplicação destas sanções. Neste aspecto, constatamos a ausência de sistematização por parte dos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que aplicam sanções administrativas, gerando inúmeras dúvidas e conflitos a exemplo da divergência de atribuições entre agências reguladoras e os órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor (eminentemente os Procons); a problemática da multiplicidade de sanções aplicadas por órgãos de proteção e defesa do consumidor de Municípios e Estados Diversos, dentre outros temas.

Tratar destes temas e apontar uma possível saída para solução dos conflitos foram os objetivos deste trabalho.

ABSTRACT

The present work has the objective of deal with the main conflicts existing in the application of the administrative sanctions based upon the Consumer Defense and Protection Code. To analyze the punitive performance of the Public Administration that is done by means of the sanctions, we initially bring the generic concepts about the different faces of the subject “sanction” until the delimitation of the meaning and range of the administrative sanctions and how they are enforced based upon the Consumer Defense Code. In the sequence, we deal with the regulation of the procedures for the application of these sanctions. In this sense, we verify the absence of systematization on the side of the Public Agencies related to the System of the Consumer Defense which applies the administrative sanctions, creating several doubts and conflicts taking as an example the divergences of prerogatives between the regulation agencies and the administrative Public Agencies of the consumer protection and defense (well-known the Procons); the problem of the multiplicity of sanctions applied by the Public Agencies of the consumer protection and defense of the different municipalities and states, among other subjects.

To deal with these themes and show a possible option to the solution of these conflicts was the objective of this work.

(...)

O mistério das cousas? Sei lá o que é mistério!
O único mistério é haver quem pense no mistério.
Quem está ao sol e fecha os olhos,
Começa a não saber o que é o sol
E a pensar muitas cousas cheias de calor.
Mas abre os olhos e vê o sol,
E já não pode pensar em nada,
Porque a luz do sol vale mais que os pensamentos
De todos os filósofos e de todos os poetas.
A luz do sol não sabe o que faz
E por isso não erra e é comum e boa.

Metafísica? Que metafísica têm aquelas árvores?
A de serem verdes e copadas e de terem ramos
E a de dar fruto na sua hora, o que não nos faz pensar,
A nós, que não sabemos dar por elas.
Mas que melhor metafísica que a delas,
Que é a de não saber para que vivem
Nem saber que o não sabem?

(...)

“Há metafísica bastante em não pensar em nada.”
(Alberto Caeiro)

SUMÁRIO

Introdução	11
 Capítulo I – Das Sanções Administrativas – Conceitos Gerais	
1 – Conceito de Sanção.....	14
2 – Sanção como custo.....	20
3 – Direito Administrativo Sancionador – Natureza Jurídica.....	26
4 – Conceito de Sanção Administrativa.....	34
 Capítulo II – Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor	
1 – Breve histórico.....	42
2 – Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.....	48
2.1 – Competência para normatização, controle e fiscalização da produção e distribuição de bens e serviços de consumo.....	52
2.2 – Rol de sanções administrativas aplicáveis.....	61
2.2.1 – Sanções Pessoais e Reais.....	64
2.2.2 – Sanções Pecuniárias	73
3 – Da Regulamentação do CDC	89
3.1 – O Decreto nº 861/1993.....	99

3.2 – O Decreto nº 2.181/1997.....	102
------------------------------------	-----

Capítulo III – Princípios do Ato Administrativo Sancionatório no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

1 – Aspectos gerais.....	115
2 – Princípio da Legalidade.....	116
2.1 - As Disposições do Código de Defesa do Consumidor.....	120
2.2 – Os Regulamentos, Portarias e demais atos administrativos.....	128
3 – Princípio da Tipicidade	140
3.1 - Tipicidade, Cláusulas Gerais e Conceitos Legais Indeterminados.....	148
4 – Princípio da Culpabilidade.....	160
4.1 – A necessidade de culpa nas sanções administrativas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.....	169
4.2 – A situação dos Profissionais Liberais.....	176
5 – Princípio da Pessoalidade.....	180
6 – Princípio da Finalidade - Interesse Público ou Social.....	184
7 – Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade.....	194
8 – Princípio do Devido Processo Legal e Contraditório.....	197
9 – Princípio do <i>Non bis in idem</i>	198

Capítulo IV – Conflitos na Aplicação das Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

1 – Órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.....	204
2 – Dos Conflitos Verticais – Conflitos de competência entre órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor no âmbito Estadual e Municipal.....	221
3 – Dos Conflitos Horizontais – Conflito de competência entre órgãos de proteção e defesa do consumidor e órgãos setoriais	226
4 – Infrações Continuadas.....	237

Capítulo V – Conclusão

Conclusões.....	242
-----------------	-----

Bibliografia.....	247
-------------------	-----

INTRODUÇÃO

Passado 15 anos da entrada em vigor do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda se vê com certo ineditismo o tema das sanções administrativas, o que certamente nos despertou certa curiosidade: como se disciplinam, quais os pressupostos e conflitos na aplicação deste tipo de sanção?

Para tratar dessas questões procuramos seguir o conselho de Umberto Eco¹ segundo o qual, mesmo de férias e prontos a viajar, ninguém deve sair de casa às cegas tomando o primeiro rumo que lhe der na cabeça, e fizemos um roteiro detalhado de nosso trabalho, a começar pela conceituação de sanção para, em seguida, delimitarmos o tema das sanções administrativas.

Neste primeiro capítulo, interessante o conceito de sanção tratado pelos cultores da Análise Econômica do Direito, que vêem nas sanções um repertório de preços oficiais que muitas vezes levarão o potencial infrator a cometer ou não a conduta ilícita de acordo com o prejuízo que a possível penalidade irá lhe acarretar, prejuízo este predeterminado por uma sanção tipificada em lei.

¹ ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2005.

Feita esta abordagem inicial e genérica, passaremos em seguida para análise dos artigos que compõem o capítulo que trata das Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, discorrendo sobre competência aplicação das penas, tipos de sanções aplicáveis e regulamentação do processo e procedimento administrativo para consecução do ato sancionatório.

Por fim, discutimos os princípios e pressupostos do ato administrativo sancionatório, além dos corriqueiros conflitos existentes na aplicação das sanções, sobretudo em questões que envolvem conflitos de atribuições entre agências reguladoras e os órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor (eminentemente os Procons), a questão das infrações continuadas, a problemática da multiplicidade de sanções aplicadas por órgãos de proteção e defesa do consumidor de Municípios e Estados Diversos, dentre outros temas.

Ao ler estes capítulos perceberá o leitor que não encontramos na doutrina brasileira uma construção sólida sobre o chamado Direito Administrativo Sancionador², muito menos quando tratamos desta seara do direito especificamente dentro do Direito do Consumidor (as chamadas Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor).

²Como bem se posiciona Fábio Media Osório “... em boa medida, já seria possível elaborar uma teorização geral do Direito Administrativo sancionador do Estado, incursionando em teorias das fontes, da aplicação da norma regressiva, da responsabilidade do agente e do procedimento sancionador. Sem embargo, a meu ver, uma teoria geral completa pode esperar o amadurecimento de algumas idéias, especialmente à luz dos debates que certamente se produzirão a doutrina e jurisprudência.” (*in Direito Administrativo Sancionador*, pág. 25/26.

Fizemos, talvez, algo inconcebível pela dogmática do direito. Ao invés de nos esforçarmos para descrever a teoria geral do Direito Administrativo Sancionador, desenvolvemos apenas o capítulo dos requisitos necessários à imposição de sanção administrativa com fundamento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Com isso corremos, conscientes, o risco de ter elaborado conceitos inclinados ao nosso objetivo neste trabalho, que é de tratar do tema das sanções administrativas com fundamento no código de defesa do consumidor.

Capítulo I – Das Sanções Administrativas

1 - Conceito de “Sanção”

Não é nova a afirmação de que toda nossa existência se inicia, desenvolve e termina em um mundo de normas das mais variadas espécies, sejam elas morais, sociais ou jurídicas.

Para algumas pessoas a vida se restringe a uma incansável tentativa de adaptação ao que está predeterminado por uma norma que sempre nos prescreverá um “dever ser” positivo ou negativo. Como afirma o professor LOURIVAL VILANOVA *“o direito se exprime com locuções como ‘estar facultado a fazer ou omitir’, ‘estar obrigado a fazer ou omitir’, ‘estar impedido de fazer ou omitir’. E tais locuções não descrevem como factualmente o sujeito agente se comporta, mas como deve comportar-se”*³.

Não cremos que tenha sido outra a razão da afirmação de Bobbio, segundo o qual é da natureza de toda prescrição normativa ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser.⁴

³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, pág. 69.

⁴ Neste sentido ver o seguinte excerto da obra de BOBBIO: *“Podemos partir da hipótese de um ordenamento normativo que nunca seja violado, e conseqüentemente não tenha necessidade de recorrer à sanção. Trata-se de uma hipótese abstrata; para que um ordenamento normativo não seja nunca violado, ocorrem duas condições: ou as normas são perfeitamente adequadas às inclinações dos destinatários, ou os destinatários aderem perfeitamente às prescrições. Há dois tipos de extremos de sociedade que poderiam realizar as duas*

E daí começa nossa análise sobre o tema da “*Sanção*”: se vivemos em um mundo de normas que sabidamente estipulam comportamentos que nem sempre correspondem à realidade, já que não determinam o que é, mas sim o que deve ser, atitudes irregulares são esperadas a todo momento⁵.

Embora comportamentos estranhos às regras estabelecidas possam ou não ser previsíveis, há sempre a necessidade de eliminar ou repreender de imediato tais atitudes, assim como se aplica um antibiótico a um organismo adoentado para sua pronta e rápida recuperação, muito embora as enfermidades sejam esperadas ao longo de uma vida.

Genericamente, portanto, *sanção* traz a idéia de reprimenda imposta àquele que se comportou de forma contrária ao que estava predisposto por alguma norma, podendo compensar ou indenizar as conseqüências danosas do ato ilícito e até mesmo desestimular que tal comportamento se repita. Por esta análise, a *sanção*

condições: uma sociedade de seres perfeitamente racionais, isto é, uma sociedade um pouco melhor do que a real, e uma sociedade de seres perfeitamente automatizados, sem iniciativa e sem liberdade, isto é, uma sociedade um pouco pior do que a real.” (BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Edipro: 2001, pág. 154.)

⁵ Sobre o tema, dignas de transcrição as palavras de J.J. Calmon de Passos: “Ao pensar o ‘direito’ ingressamos numa dimensão nova da realidade. Antes, o mundo do “*ser*” – da matéria e da concreção – agora, o mundo do “*dever ser*”, construção do homem, composto de ‘comunicações’, realidades indissociáveis de um “*querer*” humano e que somente são enquanto fruto de uma vontade que as concretize, incapaz de ser faticamente e subsistir, se dissociado do sujeito.”(In *O Processo Administrativo na Constituição de 1988.*)

pode ser definida como o expediente por meio do qual se busca resguardar as normas de um sistema da erosão causada por ações contrárias às suas disposições.⁶

Portanto, a sanção, elemento repressivo, é parte constitutiva de qualquer sistema normativo e necessário à sua própria preservação.⁷

Da mesma forma, nos parece claro que a conceituação de sanção e de sua finalidade está intimamente ligada a questões sociológico-jurídicas dos motivos que levam os seres humanos a se comportarem conforme ou não a determinado sistema de normas. Este tema foge ao propósito deste trabalho, porém o abordaremos sumariamente.

Assim, podemos afirmar que os motivos que impulsionam todo e qualquer comportamento humano são de duas ordens: a) ou estão fundados em suas

⁶ Para PERES Y SANCHES “La sanción es una garantía Del cumplimiento de las normas y supone la inflicción de un mal como modalidad desfavorable de la reacción Del Ordenamiento. El Estado impone un perjuicio jurídico a una persona como consecuencia o efecto de una anterior actividad ilegal de sancionado. Representa, por tanto, la defensa Del Ordenamiento Jurídico rente a la conculcación de sus disposiciones establecida por las mismas fuentes creadoras Del mandato, como único medio de hacer eficaz el Derecho.” In PERES, Adolfo Carretero & SANCHES, Adolfo Carretero. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992, p. 2.

⁷ “Um ponto de vista realista não vê o direito e o poder como opostos. Se por poder social entendemos a possibilidade de dirigir as ações de outros seres humanos, então o direito é um instrumento de poder, e a relação entre os que decidem o que há de ser o direito e os que estão submetidos a esse direito é um relação de poder. O poder não é alguma coisa que posta “por trás” do direito, mas sim alguma coisa que funciona por meio do direito. O problema em termos metafísicos é formulado como uma questão sobre as relações externas entre o direito e o poder, é, na realidade, uma questão tocante à relação entre o temor e o respeito como motivos que integram as relações de poder político-jurídicas...” (Direito e Poder ver ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru. Tradução e notas de Edson Bini. Edipro. 2000, pág. 84.)

necessidades biológicas; b) ou são impostos ou inculcados no indivíduo em decorrência de obrigações morais, sociais ou jurídicas.

Tratando apenas da segunda hipótese – comportamentos impostos ou inculcados nos indivíduos, - encontraremos nela um elemento de cunho ideológico, atrelado à consciência moral das pessoas.

Uma parcela da população sujeita a determinado sistema, por exemplo, poderia aderir espontaneamente às obrigações impostas pela lei pela simples consciência de que “direito é direito e tem que ser cumprido, mesmo que esteja em conflito com idéias e critérios pessoais de moral ou justiça”. Já alguns indivíduos poderiam guiar seu comportamento por critérios pessoais de moral e justiça, ainda que tais critérios se confrontem com o direito ou norma imposta pelo sistema ao qual se sujeitam.⁸

Podemos ainda afirmar que muitas vezes o cumprimento da norma não está atrelado à concordância que o sujeito tenha com o conteúdo dela, mas sim pelo receio das conseqüências pelo descumprimento da ordem emanada da norma, receio este representado pela idéia do sofrimento que lhe será impingido por uma sanção.

Com sua autoridade peculiar, o professor Gofredo Telles Júnior discorre sobre a coerção psíquica da norma, o que também nos traz a idéia de sanção.

⁸ Os defensores da adesão espontânea justificam a tese segundo a qual o homem, sendo livre por sua natureza, não pode ser constrangido, e portanto, também a obediência obtida através da sanção é sempre uma obediência livre.

Segundo ele, o que intimida, o que causa receio, não é a norma jurídica, não é a regra num pedaço de papel; o que intimida, o que causa receio, é a reação do lesado; é a coação legal, que o lesado fica autorizado a exercer. Em suas próprias palavras: *“o violador potencial não tem medo da norma. Ele tem medo do lesado. Logo, se alguma coerção psíquica existe, ela é exercida pela eventual previsão, feita na mente de algum violador potencial, das conseqüências prováveis de um ato ilícito...”*⁹

O que temos visto, sobretudo no sistema jurídico, é que a fixação de uma norma não significa certeza de seu cumprimento, tornando pouco a pouco o elemento coercitivo/repressivo (sanção) essencial ao Direito. Sem este elemento coercitivo (*sanção*), lembra VICENTE RÁO, a vida do direito pereceria e, com ela, a própria sociedade se destruiria, ambos, pela violência, pelo arbítrio do mais forte sobre mais fraco.¹⁰

PICARD lembra que graças à sanção, que ele chama de “protecção-coacção jurídica (sic)”, a situação perturbada será restabelecida na medida do possível. Se a sanção coage aquele que viola um direito, do mesmo modo protege aquele cujo direito é violado.¹¹

⁹ Iniciação na Ciência do Direito, págs. 95/96.

¹⁰ Ráo, Vicent. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Max Limonad 1º Vol, pág 41.

¹¹ PICARD, Edmund. *O Direito Puro*. Bibliotheca de Philosophia Scientifica, pág. 36.

A sanção, portanto, poderá desenvolver na sociedade funções repressivas, reparatorias ou mesmo educativas, desestimulando o ofensor ou potenciais delinquentes de cometerem igual conduta infrativa.

O repertório dessas sanções e seus respectivos atributos é que serão decididos, no caso do sistema jurídico, pelo Legislador, sendo impossível se fazer um apontamento exaustivo e completo de todas as condutas e sanções correspondentes existentes, até mesmo pelo seu caráter de transitoriedade, pois o que é passível de sanção hoje, pode amanhecer como um ato lícito.¹²

Portanto, o conceito de sanção do qual tratamos traz a idéia de consequência jurídica de caráter repressivo, imposta em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo¹³.

Todavia, há aqueles que enxergam na descrição das *sanções* um repertório de preços oficiais, de forma que analisando a penalidade por sua conduta possa avaliar o benefício de agir ou não de acordo com determinada norma.

¹² As sanções podem ser consideradas normas secundárias, já que estabelecem as consequências do descumprimento de condutas exigidas ou a realização de condutas proibidas por uma norma (norma primária). As sanções são sempre dirigidas aos órgãos do Estado, encarregados de impor aos delinquentes as sanções devidas. Poderíamos, inclusive, conceituar como normas terciárias aquelas que estabeleçam regras e procedimentos para execução da sanção prevista, muito embora esta norma possa ser considerada como primária pois, se desconsiderada, poderá ensejar nova sanção, criando um círculo vicioso.

¹³ Vale lembrar a existência das chamadas "sanções premiais", que compreendem reações positivas a condutas conformes à norma "(...) *uma conduta em face de um indivíduo, a qual geralmente é vista como um bem – conforme uma norma da ordem – que deve ser feito a um indivíduo que se conduziu de uma forma correspondente à ordem.*" (KELSEN, 1986, p. 172.)

Por este ponto de vista, cruzar um farol vermelho pode ser mais vantajoso que respeitar o sinal de trânsito, se o prejuízo que o condutor do veículo terá com sanção de multa for inferior ao prejuízo que seu atraso a determinado compromisso irá causar.

Ver a sanção como custo da lei é o que iremos analisar no próximo tópico.

2 - Sanção como custo

Questão interessante tem sido estudada por autores que se dedicam a uma seara do direito conhecida por Análise Econômica do Direito – AED, área que possui um instrumental de regras argumentativas, renovando a ciência jurídica por meio da adoção de uma perspectiva interdisciplinar entre Direito e Economia.¹⁴

¹⁴ “El AED nos aporta un nuevo instrumental, nuevas técnicas argumentativas y nuevas categorías que, extraídas de los desarrollos de la ciencia económica, se presentan en este movimiento como los pilares para la construcción de <<una ciencia jurídica a la altura de los tiempos>>. La renovación de la ciencia jurídica a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinar, peculiar por el peso que en ella tiene la ciencia económica, la utilización de técnicas como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales de derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico son, entre otros, signos evidentes de esa innovación como valor jurídico son, entre otros, signos evidentes de esa innovación con la que el <<análisis económico del derecho>> se presenta a sí mismo.” PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico Del Derecho. Una reconstrucción 2* Teórica. Centro de Estudios, Constitucionales Madrid, 1994, p. 23.

KORNHAUSER aponta para uma ideologia neoliberal por trás dessa análise econômica: “En sus propuestas de interpretar económicamente el derecho y de prescribir que el sistema jurídico debería tener como fin la eficiencia económica se detectó, casi inmediatamente, la influencia de la ideología neoliberal a través de la mano bien visible de los economistas de la Escuela de Chicago.” In KORNHAUSER, Lewis A. *El Nuevo*

KORNHAUSER ao analisar as normas jurídicas sob a perspectiva da AED, divide-as em dois componentes: **a)** o Direito que incide sobre determinado bem jurídico e **b)** seu regime de proteção. O Direito define as ações permitidas para o titular de um bem jurídico e o regime de proteção determina as conseqüências de ações não autorizadas por determinada norma.¹⁵ .

Esta divisão jurídica demonstra que as sociedades desenham suas normas de acordo com os seus objetivos sociais e, portanto, os responsáveis a efetivar políticas públicas têm de introduzir regras que castiguem a negligência ou desobediência à norma, a fim de minimizar ao máximo os custos sociais gerados por acidentes, descumprimento de regras e até mesmo os custos sociais com os esforços de prevenção.

E o mesmo KORNHAUSER afirma que a Análise Econômica do Direito – AED - tem como um de seus objetivos estudar as influências que uma norma jurídica exerce sobre os agentes, inclusive considerando que a sanção por descumprimento de uma regra pode, muitas vezes, ser encarada como um preço a

Análisis Económico Del Derecho: Las Normas Jurídicas Como Incentivos. In: ROEMER, Andrés (coord.). *Derecho y Economía: Una Revisión de La Literatura*, p. 25.

¹⁵ El nuevo AED divide cada norma jurídica en dos componentes: un derecho y régimen de protección. El derecho delinea los “usos” o “acciones” permitidos para su titular. El régimen de protección determina las consecuencias que se derivan tanto de acciones no autorizadas del titular del derecho como de las intervenciones no permitidas dentro de su ámbito de facultades legales. In KORNHAUSER, Lewis A. *El Nuevo Análisis Económico Del Derecho: Las Normas Jurídicas Como Incentivo*, p. 22.

ser pago pelo potencial agente infrator, para que se sinta “liberado” para praticar as condutas delituosas que pretende.¹⁶

Nesta perspectiva, todo potencial infrator tem como primeira atitude antes de decidir adotar determinado comportamento delituoso (contrário ao direito), considerar as conseqüências, sobre qualquer aspecto protegido pelo direito, que sua ação possa vir a infringir, assim como ocorre quando um contratante, verificando a possibilidade de descumprimento do contrato por sua parte, considera o custo que gerará ao ter de indenizar a outra parte. Só então, após esta verificação, é que decidirá sobre manter ou não intacta a relação contratual.

Acredita-se, sob este ponto de vista, que a análise de uma norma jurídica e o conhecimento do custo de seu cumprimento ou não, podem alterar por completo o comportamento de uma pessoa, assim como a verificação do preço de um produto é suficiente para determinar a sua compra ou não.

¹⁶ “Las diversas vertientes del nuevo AED difieren en dos sentidos posibles. En primer lugar, una norma jurídica ejerce al menos tres diferentes tipos de influencia sobre las decisiones de los agentes: 1) la sanción que provoca la infracción de la norma puede operar como un precio que el culpable (o potencial infractor) enfrenta; 2) la asignación de derechos de propiedad puede alterar la distribución de la riqueza entre los titulares de los derechos y quienes tienen las obligaciones y, de esta manera, afectar el patrón de demanda de los agentes, y 3) la forma en que los derechos de propiedad se distribuyen y estructuran puede generar una diversidad de incentivos entre los titulares de los derechos. Mientras el análisis económico de las obligaciones legales hace hincapié en los efectos que ejerce el primer tipo de influencia sobre la conducta de los agentes, el análisis económico de los derechos de propiedad se concentra en los efectos derivados del tercer tipo.

En segundo lugar, las diversas vertientes definen de manera diferente el conjunto de decisiones que se puede ver influido por una norma jurídica. El análisis económico de las obligaciones legales se dedica a los efectos de normas legales “fijas” sobre varias decisiones posibles de los agentes. En materia de accidentes, por ejemplo, las decisiones relevantes tienen que ver con la elección de actividades y niveles de cautela. La perspectiva de la elección pública, por el contrario, permite a los agentes no sólo alterar su actividad y los correspondientes niveles de cautela, sino también intentar la alteración de la propia norma que regula las responsabilidades en materia de accidentes. In KORNHAUSER, Lewis A. *El Nuevo Análisis Económico Del Derecho: Las Normas Jurídicas Como Incentivos*, p. 22.

Esse comportamento é muitas vezes chamado de “intervenção legal” ou “ver através da lei”, já que dentro da interpretação de um modelo econômico da lei, o agente considera as diversas opções existentes para seu “agir” e decide que ignorar suas obrigações legais e enfrentar os custos de tal descumprimento é mais benéfico aos seus interesses, maximizando seu bem estar pessoal.

Por esta análise, a lei passa a ser vista como um produto, cujo custo x benefício de seu cumprimento é analisado como fator determinante para maximizar os interesses pessoais dos indivíduos.

Essa questão foi bem colocada por ROBERT COOTER, ao tratar de preços e sanções. Para o autor, as escolas de direito, tradicionalmente, enxergam as leis como obrigações suportadas por sanções ou comandos baseados em ameaça, sendo que, em sentido contrário, as escolas de economia têm um ponto de vista em que a lei é tida como um repertório de preços oficiais para se praticar ou não a conduta tipificada.¹⁷

Conclui COOTER que a análise das sanções para os casos de descumprimento da norma, permite que o indivíduo escolha como ele se comportará, contanto que ele pague o preço. O potencial infrator, portanto, equilibra o custo do cumprimento da norma com o benefício de descumprimento, fazendo

¹⁷ *Scholars of jurisprudence traditionally view law as a set of obligations backed by sanctions, or commands backed by threats. In contrast, economists tend to view law as a set of official prices. In COOTER, Robert. Prices And Sanctions. Law and Economics, Vol. II*

com que seu comportamento possa, inclusive, moderar mudanças nas sanções previstas.¹⁸

Entretanto, apesar do entendimento dos adeptos da Análise Econômica do Direito (AED) caminhar para a conclusão de que para potenciais infratores, as normas jurídicas influenciam no cálculo racional, tal fato não pode ser visto como se a norma jurídica fosse causa de determinada conduta infrativa. Esta, ainda, decorre do interesse pessoal do agente e da possibilidade de maximização de seus interesses e bem estar.¹⁹

Ainda assim podemos distinguir dois tipos de agentes: aquele que sempre ajusta seu comportamento aos dispositivos legais, e aquele que sempre atuará economicamente. Neste caso, a norma pode produzir uma modificação nas preferências substantivas desses indivíduos.

¹⁸ “A sanction is a detriment imposed for doing what is forbidden, and a price is an amount of money exacted for doing what is permitted. An obligation partitions acts into permitted and forbidden zones, with the partition representing a social judgment about correct behavior. If a penalty is attached to forbidden activities, there is a jump or discontinuity in the private costs of the actor at the point of the partition. Consequently, the actor’s behavior will be unresponsive to moderate changes in the penalty or the frequency of its application. By contrast, prices allow the individual to choose how he will behave, as long as he pays the price. The individual balances the cost of compliance against the benefit of noncompliance, so his behavior is responsive to moderate changes in price. Scholars of jurisprudence traditionally view law as a set of obligations backed by sanctions, or commands backed by threats. In contrast, economists tend to view law as a set of official prices. COOTER, Robert. Prices and Sanctions. Law and Economics, Vol. II, pag. 609

¹⁹ En el nuevo AED, los agentes actúan racionalmente siguiendo su propio interés. Las normas jurídicas influyen en el cálculo racional de agente, pero tal influencia difícilmente puede identificarse como la causa que motiva sus elecciones. Un examen de la manera como las normas jurídicas influyen en la elección según las diversas teorías económicas del comportamiento puede aclarar ciertas nociones oscuras sobre la motivación y las razones para actuar. In KORNHAUSER, Lewis A. El Nuevo Análisis Económico Del Derecho: Las Normas Jurídicas Como Incentivos. P. 39.

KORNHAUSER chama de “ingênua” a teoria que acredita que existem pessoas que simplesmente adaptam ou não seu comportamento às normas, sem que para isso façam qualquer análise econômica para maximização de seus interesses pessoais.²⁰

Em contrapartida aos argumentos anteriores, vimos que por uma análise econômica das obrigações legais, a criação ou colocação de um direito “sem custos” acaba não gerando efeito sobre o comportamento do indivíduo, que se guia pelas vantagens e custos de suas condutas a fim de obter maior proveito de seu comportamento.

Portanto, se tratarmos “SANÇÃO” como o “CUSTO DA LEI”, necessário se torna que por meio de uma análise econômica se identifique o custo x benefício que o descumprimento de uma norma pode gerar ao indivíduo para, então, se definir qual SANÇÃO efetivamente servirá de punição e desestímulo para um possível comportamento delituoso. Este cálculo econômico deve ficar ao encargo do parlamento, responsável pela fixação das normas.

²⁰ *“Las leyes de tránsito ejemplifican los aspectos de señalización de las normas jurídicas. Cuando un conductor se aproxima a una curva en un camino montañoso en un condado poco familiar, una seña que indique el límite de velocidad en dicha curva le informa acerca de las condiciones de seguridad. Si toma al pie de la letra el límite marcado en dicha seña, estará adecuando su conducta a la anunciada por la seña. Sin embargo, es más usual que el conductor considere dicha información según su experiencia en caminos y condiciones similares y que, acorde a su pericia para conducir, adopte una velocidad que bien puede corresponder o no al límite marcado. Este argumento no concuerda completamente con la teoría ingenua, en que ciertos actores obedecen la ley y otros no. Además, los límites de velocidad pueden desempeñar esta función informativa sin ser necesariamente normas jurídicas. Cualquier agente confiable, como los informes de consumo y los laboratorios de confianza, que establezca estos señalamientos informativos funcionarían igualmente bien. El Nuevo Análisis Económico Del Derecho: Las Normas Jurídicas Como Incentivos. P. 43.*

3 – Direito Administrativo Sancionador – Natureza Jurídica

Em diversos momentos de nosso trabalho utilizaremos a expressão “Direito Administrativo Sancionador” para nos referirmos às normas de direito administrativo que procuram coibir comportamentos socialmente nocivos, impondo sanções àqueles que têm condutas contrárias ao que está preestabelecido por lei.

Como bem pontuou o professor FÁBIO OSÓRIO MEDINA, “*o Direito Administrativo Sancionador pode incidir em campos distintos, v.g., ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública, e qualquer campo que comporte uma atuação fiscalizadora e repressiva do Estado.*”²¹

Portanto, a delimitação de um campo do direito administrativo a ser estudado de forma isolada permite-nos um melhor detalhamento de como os princípios orientadores do Direito Administrativo se refletem sobre as sanções, bem como a possível identidade de princípios ou regras entre as sanções do direito administrativo e as do direito criminal e civil, já que o exercício do *ius puniendi* do Estado pode manifestar-se através de todas essas sanções.

²¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. Pág. 17.

Abordaremos no terceiro capítulo deste trabalho os princípios que fundamentam o Ato Administrativo Sancionador – “sanções administrativas”, detalhando a observância e ponderação de tais princípios quando o ato sancionatório é aplicado de acordo com as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O professor GERALDO ATALIBA afirma ser “*assente na teoria geral do direito, bem como entre os administrativistas e penalistas, que o direito de punir – de que se investiu monopolisticamente o Estado – é um só, emanção da soberania que é o conhecimento maior ou menor intensidade neste ou naquele campo*”.²² No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello “...o *jus puniendi do Estado, quer se manifeste na via penal, quer se expresse na via administrativa...*”.²³

Como nosso estudo está delimitado na análise das sanções administrativas e, sobretudo pelo pouco que se escreveu especificamente sobre este tema na doutrina

²² ATALIBA, Geraldo. *Inconstitucionalidade de sanções permanentes*. In Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 95, p. 15-25, jul/set. 1994.

²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Procedimento tributário*. In: Revista de direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7-8. p. 60/70, jan/jun., 1979. Na França, Franc Moderne igualmente sustenta que: “*les sanctions administratives s’intègrent ainsi avec les sanctions pénales dans l’analyse du jus puniendi de l’état contemporain*”²³. Na doutrina italiana encontramos o posicionamento de Nicola Pennela, segundo o qual: “*Il potere di punire in campo penale difatti è stato qualificato quale espressione di una potestà punitiva in senso stretto avendosi bem evidenziato che la potestas puniendi ricomprende anche quella in senso lato individuata in quell’attività punitiva attribuita invece all’Amministrazione Pubblica*. MODERN, Franck. *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*”. Paris: Economica, 1993, p. 77. *apud* MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutora Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 35.

brasileira, natural que se discorra, ainda que brevemente, sobre a natureza jurídica do Direito Administrativo Sancionador.

Encontramos na obra de Peres y Sanches²⁴ a descrição de três teorias que tratam da natureza jurídica do Direito Administrativo Sancionador, denominadas *teoria penalista, teoria civilista e teoria mista*.

Partimos desta divisão²⁵ para abordarmos as principais idéias sobre a natureza do chamado Direito Administrativo Sancionador.

Teoria Penalista. Para esta teoria, o ilícito administrativo é apenas uma parte do Direito Penal. A identidade com o Direito Penal está no interesse tutelado, servindo a sanção para a defesa da ordem social e correção do infrator, além do efeito desestimulador, bastando somente que a infração esteja tipificada na legislação penal ou em Leis Administrativas. As infrações administrativas, portanto, seriam espécies do gênero ilícitos penais.²⁶

²⁴ PERES, Adolfo Carretero & SANCHES, Adolfo Carretero. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992, p. 100/103.

²⁵ Neste sentido ver ainda: NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*; PELLICER, Angel Blasco. *Sanciones Administrativas en el orden social*; LORENZO, Susana. *Sanciones Administrativas*.

²⁶ MONTORO PUERTO, em estudo específico sobre o tema aponta as principais diferenças entre o crime – sanções penais – e as sanções administrativas: a) distinção do ordenamento atingido. A infração administrativa vulnera ‘de alguma forma o ordenamento jurídico administrativo’, enquanto que o crime atinge o ordenamento jurídico penal; b) tal vulneração atinge aqueles interesses cujo cuidado compete à administração, enquanto se o atingimento diz respeito ‘à Administração enquanto organização do Estado, estamos em presença da infração penal’; c) a infração penal só pode ser cometida por pessoas físicas, enquanto que as administrativas também podem ser praticadas pelas pessoas jurídicas; d) a infração penal requer culpabilidade, enquanto que a administrativa pode dispensar a presença de culpa; e) a infração penal traz sempre um dano ou um perigo, a administrativa sempre um resultado; f) a infração penal está submetida

Chega-se, inclusive, a se cogitar de um Direito Penal Especial entendido como um conjunto de normas que associam uma determinada pena, ao descumprimento de um dever pelo administrado contra a Administração. Neste caso, o bem jurídico protegido em Direito Penal seria o interesse das pessoas e seus valores essenciais e, já em Direito Administrativo, os interesses de toda sociedade²⁷.

A prevalência do Direito Penal sobre o Direito Administrativo teria as seguintes razões:

I) Cronológica – O Direito Penal tem seus princípios fundamentais consolidados, inclusive com sólida doutrina e entendimentos jurisprudenciais, de forma que o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador ocorreu com base nos princípios construídos no direito penal.

a princípio de legalidade, enquanto que a administrativa nem sempre; g) as infrações penais estão codificadas enquanto que há impossibilidade de codificação das infrações administrativas, dada sua multiplicidade; h) por fim, a possibilidade de que, pelo mesmo fato possa haver infração administrativa e criminal. (MONTORO PUERTO, Miguel. *La infracción administrativa*. Barcelona: Nauta, 1965, pág. 269/272 apud OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Sanções Administrativas*, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1984.)

²⁷ O Tribunal Constitucional Espanhol, em sentença de 31 de outubro de 1972 (Art. 4675), da lavra dos juizes Mendizábal y Martín Del Burgo, assim se manifestou: “*es imperiosa la necesidad de que existan unos principios generales y un cuerpo de doctrina que cubran el Derecho Penal común y el llamado por algunos, no sin falta de fundamento, Derecho Penal Administrativo, por darse en los dos unas mismas exigencias, como son las derivadas Del principio de legalidad en sus distintas vertientes: órgano competente, procedimiento adecuado, defensa Del inculpado, tipificación Del hecho criminoso, ya que si, por un lado, el Derecho Sancionado representa la protección más enérgica de los bienes necesitados de una protección especial, por otro, este mismo rigor demanda, en contrapartida, las máximas garantías para los encausados.*”

II) Dogmática. Os princípios de Direito Penal são os mais conhecidos no âmbito do Direito Punitivo do Estado.

Teoria Civilista. Segundo aponta Peres y Carretero²⁸, os defensores desta teoria pugnam por uma maior proximidade e razoabilidade da interpretação analógica entre as sanções administrativas e civis do que entre as sanções administrativas e penais.

As sanções administrativas estariam edificadas nas relações de obrigações e subordinação do administrado. Os atos contrários ao ordenamento entendido como administrativo, assim como ocorre com os ilícitos civis, sujeitariam o infrator a penalidades objetivas ou imposição de desvantagens para obter o cumprimento das obrigações. Assemelha-se, portanto, a uma ação por descumprimento de contrato, impondo ao infrator as multas contratualmente estipuladas.

Teoria Mista. Mais uma vez aponta Peres y Carretero²⁹, que para teoria mista haveria nas sanções administrativas elementos de natureza civil e penal.

Os elementos de natureza civil seriam a proteção de um interesse próprio da administração, próximo da idéia de um interesse privado. Tratar-se-ia, na verdade, de se restabelecer o estado inicial, satisfazendo o equilíbrio contratual. Já os

²⁸ PERES, Adolfo Carretero & SANCHES, Adolfo Carretero, pág. 100.

²⁹ PERES, Adolfo Carretero & SANCHES, Adolfo Carretero, pág. 100.

elementos de natureza penal estão ligados ao interesse tutelado e á idéia de castigo de uma conduta ilícita.

Todavia, as sanções administrativas diferenciam-se das sanções civis por não significarem simples ressarcimento de um dano e das sanções penais pelo fato que o Estado não impõe a penalidade como um dever absoluto, já que utiliza certa discricionariedade.

No entanto, temos visto que nenhuma dessas teorias se tem sido utilizada com exclusividade para aplicação dos atos administrativos sancionatórios. Aliás, muitas vezes tem sido utilizados critérios, regras e princípios próprios do que chamamos Direito Administrativo Sancionadores, alheios a qualquer pretensão elucubrativa dos cultores das mencionadas teorias.

Vemos que a tentativa dos poucos que se debruçaram com dedicação ao tema, tem sido erguer a bandeira e firmar o Direito Administrativo Sancionador um ramo autônomo, muito embora com fortes influências de outras áreas, sobretudo do direito penal. Estamos vivendo o momento de criação do que vamos denominar de **Teoria Autônoma** desta área do Direito.

Portanto, para conhecer e estudar o tema do Direito Administrativo Sancionador devemos observar seus princípios próprios que, apesar da similitude,

sobretudo com o Direito Penal, têm suas regras e princípios que não podem ser confundidos com os da esfera criminal nem tampouco civil.

Alejandro Nieto, tratando da aproximação fenomenológica entre o Direito Penal e Administrativo, anotou suas diferenças, que pela exatidão justifica transcrevê-las integralmente abaixo.

“a) Existen dos clases de normas diferentes: unas se autocalifican de penales (Código Penal y Leyes especiales) y otras de administrativas. b) en las primeras se describen y castigan unos ilícitos que se denominan delitos o faltas y en las segundas se describen y castigan otros ilícitos que se denominan infracciones administrativas. Ello sin perjuicio, claro es, de que las normas penales se remitan ocasionalmente a las infracciones administrativas, de la misma forma que las leyes administrativas se remiten a los delitos y faltas. c) En unas y otras normas se encomienda el castigo de cada uno de estos grupos de ilícitos a órganos diferentes: los delitos y faltas, a los Jueces y Tribunales penales; las infracciones administrativas a los órganos administrativos, cuyas decisiones son luego revisables por órganos judiciales no penales (jueces y Tribunales contencioso-administrativos). Excepcionalmente puede encomendarse a los jueces el castigo de infracciones administrativas, pero jamás a los órganos

*administrativos el castigo de delitos. D) La represión ha de ajustarse, además, a procedimientos distintos, según se trata de delitos o de infracciones administrativas. e) Estos órganos – y de acuerdo con su procedimiento respectivo – imponen castigos también distintos. Formalmente los Jueces imponen penas y la Administración sanciones. Materialmente, buena parte de las penas y sanciones coinciden (inhabilitación, suspensión, multa), aunque hay una variante cuya imposición es Del monopolio absoluto de los jueces: las penas privativas de libertad. F) Independientemente de la diversidad de órganos, de procedimientos y de castigos, las normas establecen un régimen jurídico material distinto para cada grupo de ilícitos (reincidencia, prescripción, dolo, etc.). g) Las normas penales son aceptablemente concretas y se nuclean entorno al Código Penal. Las normas sancionadoras administrativas por el contrario, son de momento tan dispersas como incompletas”.*³⁰

Depositamos na teoria autônoma nossa confiança, acreditando ser a mais acertada, já que em virtude das especificidades das sanções administrativas, não podem se confundir com os princípios, pressupostos ou natureza das sanções de direito civil ou criminal, a exemplo da exigência do dolo *lato sensu* para imposição

³⁰ In NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 2005, pág. 162.

da sanção penal ou mesmo do aspecto indenizatório ou compensatório de algumas sanções civis.

Veremos, quando tratarmos dos requisitos do ato administrativo sancionador, estas claras diferenças, de forma a fazer coro àqueles que advogam pela independência do Direito Administrativo Sancionador.

4 – Conceito de Sanção Administrativa

Para conceituar quais sanções podem carregar o designativo de Sanções Administrativas, precisamos identificar os elementos orgânicos e formais que distinguem cada tipo de sanção. Para isso, seguiremos dois caminhos: a) o critério da norma violada e b) o critério da Autoridade Administrativa sancionadora.

Pois bem, de acordo com o primeiro critério – o da norma violada - um determinado comportamento poderá representar um ilícito civil, penal ou administrativo, dependendo em qual norma sua conduta estará prevista. Como afirma MONTORO PUERTO:

“ ... la diferencia entre uno y otro ilícito vendrá determinada por el ordenamiento infringido. (...) Llevada la cuestión, por tanto, al

terreno del ordenamiento jurídico, cabrá decir que existe un ilícito penal cuando resulte infringido el ordenamiento jurídico general que el Derecho Penal tutela: ilícito civil cuando sea infringido el ordenamiento jurídico civil e ilícito administrativo cuando la vulneración se refiera al ordenamiento jurídico administrativo”³¹.

Portanto, de acordo com o critério da norma violada, quem define e decide se determinado comportamento corresponderá a um ilícito civil, penal ou administrativo, é o legislador, sendo mera questão de preordenação dos interesses da sociedade à prévia decisão legislativa³².

Por este critério, podemos ter situações em que um mesmo comportamento representa um ilícito civil, penal e administrativo simultaneamente³³, bastando que para isso tenha tido o legislador o cuidado de descrever a mesma conduta no rol de normas de direito civil, penal e administrativo.

³¹ MONTORO PUERTO, Miguel. *La infracción administrativa*. Barcelona: Nauta, 1965, pág. 117/118 apud OLIVEIRA, REGIS. *Sanções Administrativas*, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1984.

³² Para Regis Fernandes de Oliveira “o Direito Penal contém faltas administrativas previstas como crime. Outras faltas administrativas que deveriam ou poderiam estar previstas na codificação penal dela não constam. Mas a previsão do comportamento, num ou em outro texto, é matéria de escolha exclusiva do legislador. Qualquer análise sobre dever ou não o fato estar previsto aqui ou ali é matéria que refoge à indagação estritamente jurídica. É questão de preordenação dos interesses subjacentes à prévia decisão legislativa”. (Ver OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Sanções Administrativas*, pág 28.)

³³ Neste sentido, GERALDO ATALIBA também deixou seus comentários: “*Deveras, o ilícito tributário é também penal, em alguns casos, definidos discricionariamente pelo legislador. Porém, ontologicamente os ilícitos não se distinguem. A distinção é dogmática, residindo unicamente nas sanções – conseqüências da não-prestação*”. In ATALIBA, Geraldo. *Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal*. *Revista de Direito Tributário (RDT)*, São Paulo, nº 66, p. 22.

Não há nenhum critério de hierarquia, quantificação ou qualificação do dano sofrido pelo ofendido para que se caracterize um ilícito como penal, civil ou administrativo. Podemos até mesmo ter um dano de grandes proporções ao ofendido sancionado somente pela via Administrativa ou Civil, dependendo apenas da postura adotada pelo Legislador.

No entanto, apesar dessas ponderações, há uma forte tentativa de se estabelecer como critério diferenciador dos tipos e formas de sanção (penal, civil ou administrativa), seu elemento subjetivo ativo, ou seja, trataríamos a sanção com o designativo “administrativa”, quando esta estiver ligada à presença de determinada Autoridade Sancionadora Administrativa.³⁴

A distinção, portanto, das sanções penais, civis ou administrativas dependeria do órgão que aplicasse esta sanção. Se a investigação e imposição da sanção estiverem subordinadas a um processo judicial, por exemplo, estaríamos certamente no âmbito das sanções penais ou civis; ao passo que, se o responsável pela apuração e imposição da penalidade for alguma Autoridade Administrativa, estaremos no âmbito das sanções administrativas.

Neste sentido está a grande maioria de doutrinadores. ENTERÍA y FERNÁNDES, por exemplo, afirmam que a sanção administrativa se diferencia da

³⁴ Munhoz de Mello, em sua dissertação de mestrado, é taxativo ao afirmar que “se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública, de sanção administrativa não se trata.” *In* MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, pág 53.

penal “*por un dado formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración, éstos, los Tribunales Penales*”.³⁵

GARCIA VITTA, no mesmo sentido, afirma que o ilícito administrativo é o descumprimento de dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência.^{36 37}

Não é diferente o posicionamento de LORENZO³⁸, entendendo que Sanção predicada com o designativo “Administrativa” afastaria qualquer outra sanção não diretamente reportável à Administração Pública (“*el evento danoso (menoscabo), impuesto por un órgano estatal, actuando en función administrativa, como consecuencia de la violación de un deber impuesto por una norma*”).³⁹

³⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1998, vol. II pág 159.

³⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada em 2002 à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág 29.

³⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: Função administrativa é a função estatal, exercida normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e atipicamente por órgãos de outros Poderes, sempre na conformidade de um regime hierárquico, e que, tal como resulta do sistema constitucional brasileiro, caracteriza-se juridicamente pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou , excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário. (*n Curso de Direito Administrativo p. 353, rodapé 22*).

³⁸ LORENZO, Susana. *Sanciones Administrativas*. Montevideo: Julio César Faria Editor, 1996 p. 8.

³⁹ Para MUNHOZ DE MELLO, dá à Sanção Administrativa o seguinte conceito: “*medida afliativa imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito. Há portanto três elementos do conceito: i) trata-se de medida imposta pela Administração Pública, ii) trata-se de medida afliativa, com caráter negativo, portanto; iii) trata-se de resposta a comportamento ilícito*”. In MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*, pág 52.

Também neste sentido, PERES y SANCHES define sanção administrativa como um ‘*mal jurídico*’ imposto ao administrado que seja responsável por uma conduta ilícita do ponto de vista jurídico. (“...*un mal jurídico que la administración inflige a un administrado, responsable de una conducta reprehensible antecedente. Son penas en sentido técnico, impuestas por la administración, utilizando sus prerrogativas y, por ello, por medio de actos administrativos ejecutivos, de modo que la realización de las sanciones es normal en todos los actos administrativos*”).⁴⁰

Não obstante as considerações acima, é preciso que voltemos nossos olhos às peculiaridades do sistema normativo brasileiro, que admite a aplicação de Sanções Administrativas não só pelos órgãos do Poder Administrativo, como também pelo Poder Judiciário ou mesmo por autoridades de corporações profissionais (como

DANIEL FERREIRA conceitua como sanção administrativa “a efetiva consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em função de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”. In FERREIRA, Daniel. *Sanção Administrativa*, pág 27.

Encontramos, ainda, uma outra idéia de Sanções Administrativas trazida pelo professor CARLOS ARI SUNDFELD, no sentido de que eventual imposição de sanção administrativa está ligada à função ordenadora da Administração Pública. Segundo referido professor da PUC/SP, na “*relação jurídico-administrativa decorrente dos condicionamentos administrativos, o Poder Público desfruta de poderes de autoridade, inexistentes nas relações privadas. A variedade deles torna difícil uma sistematização. Entretanto, são identificáveis ao menos quatro distintas competências manejadas pela Administração, no caso. São as competências para: a) impor os condicionamentos; b) fiscalizar; c) reprimir a inobservância dos condicionamentos, em especial sancionando as infrações e d) executar*”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, pág 73.

⁴⁰ PERES, Adolfo Carretero & SANCHES, Adolfo Carretero. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992, p. 151/152.

OAB, CREA, etc.), dentre outros atores, de modo a dificultar a conceituação de Sanção Administrativa pela análise de seu o elemento subjetivo ativo⁴¹.

Um órgão jurisdicional, por exemplo, pode impor uma sanção administrativa a um servidor que tenha praticado um ato que esteja em desacordo com seu regimento. Neste caso, muito embora a aplicação da sanção administrativa seja por um órgão jurisdicional, este estará exercendo função administrativa e não jurisdicional.⁴²

No entanto, caso esse mesmo funcionário viesse a sofrer nova reprimenda por conta do mesmo fato, aplicada pelo mesmo tribunal, só que por meio de processo judicial, estaríamos falando em aplicação de sanção penal. Desta forma, num caso se aplicaria o regime jurídico administrativo, no outro caso o regime jurídico penal.

⁴¹ Para FÁBIO MEDIDA OSÓRIO, “*Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo com alcance geral e potencialmente para o futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, com conseqüências de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo*”. In *Direito Administrativo Sancionador*: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág 80.

⁴² Não obstante apontarem diferenciações acerca dos tipos de sanções administrativas em virtude de vínculos distintos que se pode ter com a Administração Pública (empregado; contratante, administrado, etc...), para o tema proposto neste trabalho tal diferenciação é irrelevante. Ressalte-se posicionamento do Regis Fernandes de Oliveira, segundo o qual deve-se dar tratamento jurídico uniforme para qualquer regime de sujeição às sanções administrativas: “*como se vê, temos diversas ordens de sanções, aplicadas em decorrência de vínculos distintos, sendo as apontadas mais comum sendo, inclusive, aqueles que advogam a tese que a diferenciação de tratamento para sujeição de Sanções aplicadas em decorrência de vínculos distintos sendo as apontadas as mais comuns. Mas serão todas estudadas indistintamente, de vez que é o mesmo seu regime jurídico*”. In OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Sanções Administrativas*, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Melo. São Paulo, 1984, pág. 30.

Podemos, ainda, citar a título exemplificativo a apuração das Sanções Administrativas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990), que impõe à Autoridade Judiciária o dever de instrução e julgamento, por sentença, da imposição ou não da competente Sanção Administrativa.⁴³

Temos ainda situações em que Corporações Profissionais aplicam Sanções Administrativas a seus membros, não somente fundamentadas em regulamentos internos, mas sanções com tipificação legal, como ocorre com a classe dos Advogados, Engenheiros, dentre outros.

⁴³ Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Seção VII - Da Apuração de Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente

Art. 194. O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.

§ 1º No procedimento iniciado com o auto de infração, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração.

§ 2º Sempre que possível, à verificação da infração seguir-se-á a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, dos motivos do retardamento.

Art. 195. O requerido terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, que será feita:

I - pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do requerido;

II - por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ou da representação ao requerido, ou a seu representante legal, lavrando certidão;

III - por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o requerido ou seu representante legal;

IV - por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do requerido ou de seu representante legal.

Art. 196. Não sendo apresentada a defesa no prazo legal, a autoridade judiciária dará vista dos autos do Ministério Público, por cinco dias, decidindo em igual prazo.

Art. 197. Apresentada a defesa, a autoridade judiciária procederá na conformidade do artigo anterior, ou, sendo necessário, designará audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Colhida a prova oral, manifestar-se-ão sucessivamente o Ministério Público e o procurador do requerido, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá sentença.

Diante deste quadro, podemos definir sanção administrativa como qualquer ato administrativo pelo qual a Autoridade Sancionadora (elemento subjetivo ativo) aplica uma penalidade a terceiros em virtude da inobservância dos deveres legais.

De qualquer forma, o critério definidor de sanções administrativas no sistema jurídico brasileiro exige a identificação conjunta da Autoridade Sancionadora (elemento subjetivo ativo) e da natureza normativa desta sanção (elemento orgânico).

Vejamos agora, as Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Capítulo II – Das Sanções Administrativas no Código De Proteção e Defesa do Consumidor

1 – Breve Histórico

As Sanções Administrativas em Defesa do Consumidor não são contemporâneas ao surgimento da Lei nº 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. É antiga a preocupação da administração pública com a tutela dos cidadãos consumidores, sobretudo no que diz respeito à qualidade e segurança de produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Encontramos na tese de doutoramento do professor MARCELO SODRÉ⁴⁴ uma clara divisão das fases da Legislação de Defesa do Consumidor. Segundo o ilustre professor, a legislação de defesa do consumidor pode ser dividida em três estágios: I) Legislação Penal (meados de 1930 a 1960); II) Legislação em Direito Administrativo (de 1960 a 1985); III) Legislação de Direitos Difusos (de 1985 até os dias atuais).

Esta divisão, única entre os doutrinadores brasileiros que pouco se debruçaram sobre o tema, servirá de ponto de partida deste capítulo sendo,

⁴⁴ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da PUC.

entretanto, analisada parcialmente e com os olhos voltados ao interesse de nosso trabalho, sem que com isto tenhamos corrompido a idéia tratada pelo distinto professor.⁴⁵

Pois bem, de acordo com a divisão apresentada pelo professor MARCELO SODRÉ, o segundo estágio da legislação de defesa do consumidor – LEGISLAÇÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, começa no início da década de 60, sendo precedida de uma fase de Legislação de Direito Penal e seguida de uma fase de Legislação de Direitos Difusos⁴⁶.

É curioso, senão necessário, notarmos que nos anos anteriores próximos a fase que se inicia a Legislação de Direito Administrativo em Defesa do Consumidor, o Brasil passou por período de grande avanço nas políticas sociais e econômicas. Os efeitos da quebra da Bolsa de Nova York sobre a agricultura cafeeira e as mudanças geradas pela Revolução de 1930 modificam o eixo da política econômica, que teve de assumir um efetivo caráter industrialista. Inclusive, em 1931 Getúlio Vargas anunciava a implantação da chamada indústria de base (siderúrgica, metalúrgica, mecânica, química e outras), medidas estas concretizadas durante o Estado Novo.

⁴⁵ Isso porque o objetivo buscado na referida tese de doutoramento foi discutir a existência ou não de um aparato legislativo que viabilizasse a institucionalização de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, partindo-se do pressuposto que a legislação é condição necessária, mas não suficiente para a existência de um Sistema Nacional.

⁴⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da PUC, pág. 149.

Somando-se, portanto, a industrialização com a conseqüente produção em massa, o aumento e urbanização da população⁴⁷, a necessidade de organização administrativa do próprio Estado Brasileiro torna-se uma necessidade. Segundo MARCELO SODRÉ, *“...por todas essas razões, a legislação de proteção dos consumidores teve como prioridade a organização administrativa do Estado para atuar nos temas que envolvem o “abastecimento” e “controle de preços”. O aumento da população, a urbanização e o acréscimo da produção em massa colocam em discussão o tema do “abastecimento; a inflação e a chamada defesa da economia popular chamam a atenção para o tema do “controle de preços”. E a necessidade de dirigismo estatal (Governo Juscelino Kubitschek e João Goulart) traz à tona a necessidade da organização administrativa do próprio Estado”*.⁴⁸

Portanto, diversos setores da economia como saúde; alimentação; preços, abastecimento; metrologia legal, etc., que de alguma forma possam ter o consumidor como sujeito tutelado, passaram a ter normas que regulamentavam sua atividade e forma de atuação. Algumas normas outorgavam a esses órgãos poder para fiscalizar e mesmo impor eventuais sanções administrativas.

Antes de prosseguirmos, alertamos o leitor que optamos em não perquirir, na história legislativa do Brasil, qual foi a primeira norma que possibilitou a imposição

⁴⁷A população brasileira passou de 51.944.397 habitantes em 1950 para 70.070.457 em 1960 e 93.139.037 habitantes em 1970. Da mesma forma a população rural que em 1940 representava 68,8% da população, em 1960 já representava 55,3%.

⁴⁸ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior, São Paulo, maio de 2003, pág. 150.

de sanções administrativas em defesa do consumidor. Adotamos como ponto de partida a fase de legislação administrativa em defesa do consumidor definida pelo professor MARCELO SODRÉ por acreditarmos terem sido as normas promulgadas a partir da década de 60 as que até hoje têm grande importância no tema objeto deste trabalho.

Tal opção, todavia, não exclui a possibilidade de existirem normas anteriores que tratem deste tema, o que ficará reservado à busca do leitor mais curioso.

Desta forma, uma das primeiras possibilidades de aplicação de sanção administrativa em Defesa do Consumidor que encontramos a partir da década de 60, está definida pela Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962, que “*regula a repressão ao abuso do poder econômico*”, e Decreto nº 52.025 de 20 de maio de 1963, “*que aprova o regulamento da Lei nº 4.137...*” normas que, ainda de forma mediata, estabelecem a possibilidade de imposição de sanção administrativa em defesa do consumidor.

Ressalte-se, neste aspecto, a tendência de se confundir as áreas de incidência da Legislação Antitruste e de Defesa do Consumidor, alerta este, aliás, feito por PAULA FORGIONE, segundo a qual “*a confusão muitas vezes se justificaria, considerando-se que os bens jurídicos tutelados mediatamente por uma lei são*

protegidos de forma direta e imediata por outra, não sendo difícil que se percam os contornos de uma nítida individualização”⁴⁹.

Desta forma, a tutela administrativa em defesa do consumidor trazida pela Lei nº 4.137/62 é mediata, já que o claro objetivo imediato da norma é a tutela do mercado a fim de torná-lo mais eficiente beneficiando, conseqüentemente, todos os consumidores.

Essa idéia de proteção mediata do consumidor, por meio de um mercado eficiente, tendeu a ficar mais clara com a edição da Lei nº 8.884/94, revogando a Lei nº 4.137/62, que em seu artigo 54, §1º, II prevê, logo após o requisito da eficiência para aprovação de atos de concentração, a exigência de demonstrar-se “que os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais de outro”.

Temos, ainda, muito próximo da edição da Lei Antitruste, a publicação da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, que “dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”.

O artigo 11 da LDL nº 4 tem a seguinte disposição⁵⁰:

⁴⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 240.

⁵⁰ Não há revogação expressa da Lei Delegada nº 4. O Artigo 11 teve sua redação alterada pelo Decreto-Lei nº 422 de 20/01/1969; Lei nº 7.784 de 28/06/1989; Lei nº 8.035 de 27/04/1990 e Lei nº 8.881 de 03/06/1994.

Art. 11. Fica sujeito à multa de um terço (1/3) do valor do salário mínimo vigente no Distrito Federal, à época da infração, até cem (100) vezes o valor desse mesmo salário, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

a) vender, ou expuser à venda, mercadorias ou oferecer serviços por preços superiores aos tabelados;

...

c) não mantiver afixado em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;

...

Art. 20. As multas aplicadas pelos órgãos estaduais constituirão receita da respectiva Unidade da Federação.

A partir de então, em diversas áreas e setores, multiplicaram-se normas que viabilizaram a imposição de sanções administrativas em defesa do consumidor.

Temos, ainda, as normas que criaram o Sistema Nacional de Metrologia, inclusive estabelecendo Sanções Administrativas que protegem o consumidor, conforme dispõe as seguintes normas: o Decreto-Lei nº 240 de 28 de fevereiro de 1967, *que define a política e o sistema nacional de metrologia*; o Decreto nº 62.292 de 22 de fevereiro de 1968 que regulamentou o decreto-lei 240; a Lei nº 5.966/73

que instituí o SIMETRO – Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

Poderíamos, ainda, citar um incontável número de normas ligadas à Vigilância Sanitária e Ministério da Agricultura que, direta e indiretamente, promovem e promoveram a defesa do Consumidor. Mas infelizmente é impossível neste trabalho numerarmos todas essas normas, seja pelo risco da desatualização imediata deste texto, seja em virtude da criatividade e incansável produção legislativa do Poder responsável, ou até mesmo pela impossibilidade de conhecermos todos os meandros e aspectos pelos quais podem passar as normas em defesa do consumidor.

Cumprido o papel de ao menos resvalar sobre esta história, vamos ao Código de Defesa do Consumidor.

2 – Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tratou especificamente das Sanções Administrativas em seu capítulo VII, que compreende os artigos 55 a 60.

Desses artigos, dois sofreram veto presidencial atingindo o parágrafo 2º do artigo 55 e o os parágrafos 2º e 3º do artigo 60. O artigo 57 também teve sua redação alterada pelas Leis nº 8.656 de 21.05.2003 e nº 8.703 de 06.09.2003.⁵¹

O parágrafo 2º do Artigo 55, segundo o qual as “ *normas referidas no parágrafo anterior deverão ser uniformizadas, revistas e atualizadas, a cada dois anos*”, foi vetado sob o argumento de que a União não disporia, na ordem federal, de competência para impor aos Estados e Municípios obrigação genérica de legislar, conforme artigos 18º, 25º e 29º da Constituição Federal.⁵²

Interessante observar que disposições similares àquelas constantes no artigo 55, existiam nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, que sofreram veto presidencial sob o argumento de que a cláusula prevista no § 2º do referido artigo foi de atribuição genérica, incompatível com a segurança jurídica dos administrados, pois ensejaria a

⁵¹ O Artigo 57 tinha a seguinte redação: Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor será aplicada mediante procedimento administrativo nos termos da lei, revertendo para o fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, sendo a infração ou dano de âmbito nacional, ou para os fundos estaduais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante nunca inferior a trezentas e não superior a três milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou índice equivalente que venha substituí-lo. Com a alteração feita pelas Leis nº 8.656 de 21.05.1993 e nº 8.703 de 06.09.1993, passou a vigor com a seguinte redação: Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993). Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993)

⁵² Mensagem nº 664 – Despachos do Presidente da República publicado no DOU de 12 de setembro de 1990, pág. 8 – Suplemento. “EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL. Tenho a honra de comunicar a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, resolvi vetar parcialmente o Projeto de Lei nº 9.789 (nº 3.683/89, na Câmara dos Deputados), que ‘dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências’. Os dispositivos ora vetados, que considero contrários ao interesse público ou inconstitucionais, são os seguintes: (...)”.

possibilidade de ser um mesmo fato objeto de fiscalizações simultâneas pelos diferentes órgãos.

Neste sentido, ainda em 1990, se posicionou AGOSTINHO BENETI quando indagado sobre a inutilidade de tal veto: *“Esse veto, no meu modo de ver, não estava equilibrado, porque realmente a fiscalização, controle, a legislação, a elaboração de normas, cabem aos três níveis. Então, aqui, talvez, tenha sido uma certa má vontade com a redação que estava imprecisa. Então foi vetado um deles. Mas sua observação é bem certa, porque o veto não evidencia congruência. Por outro lado, veto é uma coisa muito difícil de se fazer, porque se tem de vetar o texto integral, não se pode reescrever, não se pode interpretar. O que há de concreto é o seguinte: continuam os três entes da federação realmente com competência. Nem precisaria ter sido escrito isso tudo, é a Constituição Federal que diz”*.⁵³

Já o artigo 60 foi vetado sob o argumento de que a imposição de contra-propaganda, sem que se estabelecesse parâmetro legal preciso, poderia dar ensejos a sérios abusos, inclusive redundar na paralisação da atividade empresarial, como se verificava do disposto no parágrafo 3º do art.60. Por outro lado, seria inadmissível, na ordem federativa, atribuir a Ministério de Estado competência para apreciar em

⁵³ BENETI, Sidnei Agostinho. *Código de Defesa do Consumidor: Sanções Administrativas e Penais*. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, número 8 – 4º Trimestre – Outubro/Dezembro 1990, pág 8.

grau de recurso a legitimidade de atos de autoria estadual ou municipal, tal como previsto no parágrafo 2º do art.60.⁵⁴

No mais, os artigos que compõem o Capítulo VII do Título I do Código de Defesa do Consumidor mantiveram-se idênticos ao projeto de lei apresentado, tratando de aspectos específicos relacionados ao tema das Sanções Administrativas.

Assim, o artigo 55 trata de competência para normatização, controle e fiscalização da produção e distribuição de bens e serviços de consumo. Já o artigo 56 estabelece um rol de possíveis sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento das normas de proteção dos consumidores e os artigos 57, 58 e 59 tratam, respectivamente, dos critérios de mensuração de pena de multa e dos critérios para imposição das penalidades de apreensão, inutilização, proibição de fabricação, suspensão do fornecimento, da cassação do registro ou revogação da concessão ou permissão de uso.

Vejamos com um pouco mais de detalhes as disposições de cada artigo que compõe o capítulo que trata das sanções administrativas.

⁵⁴Os §§ 2º e 3º do artigo 60 do CDC tinham originalmente a seguinte redação: “Parág. 2º- A contra-propaganda será aplicada pelos órgãos públicos competentes da proteção ao consumidor, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, cabendo recurso para o Ministério de Estado da respectiva área de atuação administrativa, quando a mensagem publicitária for de âmbito nacional. Parág..3º - Enquanto não promover a contra-propaganda, o fornecedor, além de multa diária e outras sanções, ficará impedido de efetuar, por qualquer meio, publicidade de seus produtos e serviços”.

2.1 - Competência para normatização, controle e fiscalização da produção e distribuição de bens e serviços de consumo.

Como já havíamos alertado, cada artigo que compõe o capítulo que trata das sanções administrativas parece exercer função diversa, mas complementar um ao outro.

Neste sentido, o artigo 55 cuida de definir a competência dos entes federativos no que diz respeito à regulação, controle e fiscalização do mercado de consumo.

Referido artigo ao estabelecer que “a União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”, reconheceu a competência destes três entes para legislar sobre o tema da produção e consumo, ratificando os termos do artigo 24, incisos I, V e VIII da Constituição Federal, segundo o qual Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (...); V - produção e consumo; (...)VIII -

responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.⁵⁵

Já o parágrafo primeiro do artigo 55 dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da

⁵⁵ Exemplo desta regulação concorrente pode ser exemplificado por meio da Lei nº 12.420 de 13 de janeiro de 1999 do Estado do Paraná, que “*Assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores situados no Estado do Paraná*”. Referida Lei foi questionada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Federação Nacional do Comércio. Vejamos a ementa da Medida Cautelar proposta nos autos da referida ADI, (ADI 1980 MC / PR – PARANÁ) de relatoria do Ilmo. Ministro Sydney Sanches. (Julgamento: 04/08/1999; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ 25-02-2000 PP-00050 EMENT VOL-01980-01 PP-00173) EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.420, DE 13.01.1999, DO ESTADO DO PARANÁ, QUE ASSEGURA AO CONSUMIDOR O DIREITO DE OBTER INFORMAÇÕES SOBRE NATUREZA, PROCEDÊNCIA E QUALIDADE DOS PRODUTOS COMBUSTÍVEIS, COMERCIALIZADOS NOS POSTOS REVENDEDORES SITUADOS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 22, I, IV e XII, 177, §§ 1º e 2º, I e III, 238 e 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. A plausibilidade jurídica da Ação Direta de Inconstitucionalidade ficou consideravelmente abalada, sobretudo diante das informações do Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná. 2. Com efeito, a Constituição Federal, no art. 24, incisos V e VIII, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor. O § 1º desse artigo esclarece que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. E o § 2º que a competência da União para as normas gerais não exclui a suplementar dos Estados. 3. No caso, a um primeiro exame, o Estado do Paraná, na Lei impugnada, parece haver exercido essa competência suplementar, sem invadir a esfera de competência da União, para normas gerais. Aliás, o próprio Código do Consumidor, instituído pela Lei Federal nº 8.078, de 1990, no art. 55, a estabeleceu. 4. E, como ficou dito, o diploma acoimado de inconstitucional não aparenta haver exorbitado dos limites da competência legislativa estadual (suplementar), nem ter invadido a esfera de competência concorrente da União, seja a que ficou expressa no Código do Consumidor, seja na legislação correlata, inclusive aquela concernente à proteção do consumidor no específico comércio de combustíveis. 5. É claro que um exame mais aprofundado, por ocasião do julgamento de mérito da Ação, poderá detectar alguns excessos da Lei em questão, em face dos limites constitucionais que se lhe impõem, mas, por ora, não são eles vislumbrados, neste âmbito de cognição sumária, superficial, para efeito de concessão de medida cautelar. 6. Ausente o requisito da plausibilidade jurídica, nem é preciso verificar se o do "periculum in mora" está preenchido. Ademais, se tivesse de ser examinado, é bem provável que houvesse de militar no sentido da preservação temporária da eficácia das normas em foco. 7. Medida Cautelar indeferida. Plenário: votação unânime.

informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Tais dispositivos deixam clara a idéia de interdependência para normatização, fiscalização e controle a ser exercida pelos entes da Administração Pública no que diz respeito à proteção e defesa do consumidor.

Todavia, a análise conjunta do *caput* e do parágrafo primeiro do artigo 55 nos apresenta dois dos principais problemas a serem enfrentados quando da aplicação das Sanções Administrativas: a) a multiplicidade de normas disciplinando sobre o mesmo objeto e b) a multiplicidade de agentes julgando-se competentes para fiscalizar e aplicar possíveis sanções administrativas.

Essas situações, que discutiremos detidamente no capítulo seguinte, serão tratadas como: a) “conflitos horizontais”: assim entendidos aqueles existentes quando vários órgãos da administração pública (Procon, Vigilância Sanitária, Banco Central, Agências Reguladoras, etc), se julgarem competentes para normatizarem e fiscalizarem o fornecimento de determinado tipo de produto ou serviço de consumo e b): “conflitos verticais”: compreendem aqueles em que mais de um ente público entender ser competente para aplicar uma sanção administrativa, quando o reflexo do dano abranger mais de um Município ou mais de um Estado (todos os “Procons” podem aplicar pena).

Temos ainda os parágrafos 3º e 4º do artigo 55 tratando de temas diversos.

De acordo com o parágrafo 3º, os entes federais com atribuições para fiscalizar e controlar o mercado de consumo deverão manter comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1º, sendo obrigatória a participação de consumidores e fornecedores.

Trataremos da idéia da “*renúncia lógica*” do legislador em tratar à exaustão todas as regras de fabricação, distribuição e publicidade de bens e serviços de consumo no corpo de uma única norma como o Código de Defesa do Consumidor.

A exemplo disso, os artigos 7, *caput*, 18, § 6º, II e 39, VIII são expressos ao afirmar que as normas do CDC não excluem a aplicação de normas de outros diplomas jurídicos exigindo, muitas vezes, a análise conjunta de disposições regulamentares para se aferir determinada prática abusiva ou mesmo identificar produto ou serviços com vício ou defeito (um produto vendido em desacordo com norma regulamentar expedida pelo INMETRO, por exemplo).

Portanto, a necessidade de se manter comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas contidas no § 1º do artigo 55, têm por escopo atualizar o sistema legislativo, juntamente com a evolução tecnológica dos meios de produção e consumo, sobretudo a fim de se resguardar a saúde e a segurança dos consumidores.

Encontramos no Decreto S/Nº (sem número), editado em 28 de setembro de 1995, que “cria a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor”, algumas respostas para a formatação de Comissão Permanente no âmbito Federal, vejamos:

“DECRETO S/N, DE 28 DE SETEMBRO DE 1995

Art. 1º Fica instituída a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, com a finalidade de assessorar a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça na formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Art. 2º A Comissão será composta por um representante de cada órgão e entidades abaixo indicados:

I - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que a presidirá;

II - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça;

III - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO;

IV - Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde;

V - Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária;

VI - órgãos estaduais oficiais de defesa do consumidor;

VII - associações de fornecedores;

VIII - associações civis de defesa dos consumidores.

§ 1º Os membros da Comissão e respectivos suplentes serão designados pelo Ministro de Estado da Justiça, por indicação dos titulares dos órgãos e entidades referidos no caput .

2º Em seus impedimentos eventuais, o Presidente da Comissão será substituído pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

§ 3º A participação na Comissão será considerada de relevante interesse público, não ensejando remuneração de qualquer espécie.

§ 4º Perante a Comissão, poderá atuar um representante do Ministério Público Federal.

Art. 3º *Compete à Comissão:*

I - elaborar, revisar e atualizar as normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços;

II - emitir pareceres, por solicitação da Secretaria de Direito Econômico, que visem a uniformizar ou orientar decisões relevantes no âmbito da defesa do consumidor.

Art. 4º *Cabe ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor assegurar o suporte administrativo para consecução dos objetivos da Comissão.*

Art. 5º *O Presidente da Comissão poderá convidar autoridades, técnicos, membros de entidades públicas e privadas de defesa do consumidor, bem como representantes de fornecedores de produtos e serviços, para que prestem esclarecimentos e informações durante as reuniões.*

Art. 6º *Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”*

Segundo o professor MARCELO SODRÉ⁵⁶, a criação de referida Comissão no âmbito Federal por meio do referido decreto foi quase de toda inútil. Segundo referido professor, “*Esta precária comissão, já vimos, não tem qualquer atribuição importante, tendo sido criada, apenas, para atender formalmente ao mandamento*

⁵⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da PUC, pág. 265/266.

do art. 55, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, nada mais.” Ademais, as atribuições da Comissão foram limitadas e o número de representantes dos consumidores mínimo: seis membros são do Estado, um de associação de consumidores e um de associação de fornecedores.

No entanto, referidas comissões têm se formado na estrutura administrativa de diversos órgãos e entidades, não necessariamente atrelados exclusivamente à tutela do consumidor. A título exemplificativo temos as câmaras técnicas criadas no âmbito de algumas agências reguladoras, a exemplo da Agência Nacional de Saúde – ANS, que por imposição legal do artigo 4º, VIII da Lei nº 9.961/00, está obrigada a criar câmaras técnicas, de caráter consultivo, para subsidiar suas decisões⁵⁷.

Há que se lembrar do importante papel desenvolvido pela Associação Brasileira de Normas Técnicas que, muito embora seja uma entidade privada sem fins lucrativos, é reconhecida como Fórum Nacional de Normalização – ÚNICO – através da Resolução n.º 07 do CONMETRO, de 24.08.1992.

⁵⁷ Ainda exemplificativamente, podemos citar a Câmara Técnica de Consumo criada pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo, através da Fundação Procon – SP, e a da Febraban (Federação Brasileira de Bancos) inaugurada, no dia 07/07/05 para discutir e propor soluções para os problemas que envolvem as relações do público com o setor bancário.

Fazem parte da estrutura administrativa da ABNT, Comitês Técnicos de Normalização, cuja função é atender ao desenvolvimento da tecnologia e participação efetiva na normalização internacional e regional.⁵⁸

Portanto, importantes contribuições oferecem as mais diversas comissões criadas e direcionadas para determinado setor da atividade produtiva (medicamentos, alimentos, produtos e serviços em geral), contribuindo para atualização legislativa e aplicação atualizada e racional do Direito do Consumidor.

Com relação ao disposto no artigo 55, resta-nos apenas tecer algumas considerações sobre o disposto em seu parágrafo 4º, que outorga aos órgãos oficiais poder de expedir notificações aos fornecedores para que prestem informações sobre questões de interesse dos consumidores, resguardado o segredo industrial, sob pena de desobediência, conduta tipificada como crime no artigo 330 do Código Penal.

Este dispositivo é taxativo e gera gravíssima consequência para os fornecedores que deixem de atender à solicitação de um agente público e até hoje vem gerando polêmicas, sobretudo quando o órgão fiscalizador solicita que o fornecedor preste informações pessoalmente, comparecendo em audiência previamente designada, incidindo em crime de desobediência, caso deixe de comparecer injustificadamente à audiência.

⁵⁸ Existem mais de 50 Comitês Técnicos de Normalização na ABNT, a exemplo do Comitê Técnico de Construção Civil ABNT/CB-02; Eletricidade ABNT/CB-03; Gases e Combustíveis ABNT/CB-09; Bebidas ABNT/CB-13; Informação e Documentação ABNT/CB-14; Joalheria, Gemas, Metais Preciosos e Bijuteria ABNT/CB-33.

A questão que se coloca é a possibilidade de se obrigar o comparecimento do fornecedor a uma audiência para prestar as informações requeridas pelo órgão administrativo, sob pena de crime de desobediência ou, a *contrariu sensu*, se o disposto no § 4º do artigo 55, exige tão somente que o fornecedor preste informações, sem, contudo, exigir que ele compareça ao órgão de defesa do consumidor para realização de audiência, sendo este comportamento mera liberalidade, sendo válida a prestação de informações por escrito por intermédio de uma petição.

Tamanho a dificuldade de interpretação deste dispositivo, que o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, por meio da Nota Técnica 220/03, de 08/10/03, tratou de se posicionar sobre a questão.

De acordo com referido órgão, é prerrogativa discricionária da administração pública a eleição dos meios pelos quais o fornecedor deverá prestar as informações previstas no § 4º do artigo 55 do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de crime de desobediência.

Desta forma opinou pela legalidade da ordem emanada pela Autoridade Pública com fundamento no artigo 55, § 4º do CDC c/c art. 33, § 2º do Decreto nº 2.181/97, para que o fornecedor compareça em audiência para prestar informações de interesse do consumidor, oportunidade na qual poderá ser proposto um acordo,

ajustando-se a conduta do fornecedor às exigências legais. Em caso de não comparecimento restaria caracterizado o crime de desobediência tipificado no artigo 330 do Código Penal.

Passamos, então, à análise dos artigos 56, 57, 58 e 59 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam as diversas possibilidades de aplicação de sanções decorrente da violação dos dispositivos da lei consumerista.

2.2 – Rol de Sanções Administrativas Aplicáveis

Como sabemos, o Código de Defesa do Consumidor prevê no artigo 56 que as infrações administrativas comportam diversos tipos de penalidades: multa, apreensão e inutilização do produto; cassação do registro do produto; proibição de fabricação; suspensão do fornecimento; revogação da concessão ou permissão; cassação da licença do estabelecimento; interdição total ou parcial do estabelecimento; intervenção administrativa e contra-propaganda.

Embora alguns doutrinadores tenham convergido de alguma forma para criação de critérios de classificação de penalidades das Sanções Administrativas, ainda estamos longe de um consenso. De qualquer forma, optamos classificar as

mencionadas sanções administrativas em: a) REAIS, b) PESSOAIS e c) PECUNIÁRIAS.⁵⁹

⁵⁹ ZELMO DENARI, tratando especificamente das Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor, as classifica em 3 modalidades: a) *sanções pecuniárias: representadas pelas multas (item I) aplicadas em razão do inadimplemento dos deveres de consumo; b) sanções objetivas – são aquelas que envolvem bens ou serviços colocados no mercado de consumo e compreendem a apreensão (item II), inutilização (item III), cassação do registro (item IV), proibição de fabricação (item V) ou suspensão do fornecimento de produtos e serviços (item VI); c) sanções subjetivas – referidas à atividade empresarial ou estatal dos fornecedores de bens ou serviços, compreendem a suspensão temporária da atividade (item VII), cassação de licença do estabelecimento ou da atividade (item IX), interdição total ou parcial de estabelecimento, obra ou atividade (item X), intervenção administrativa (item XI), inclusive a imposição de contrapropaganda (item XII) – in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto. 6 ed., São Paulo: Forense Universitária 2000, pág 567.*

CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN E BRUNO MIRAGEN entendem que as sanções administrativas podem ser divididas em três espécies: “a) pecuniárias; b) objetivas e c) subjetivas”.

As sanções pecuniárias, segundo os autores, são a imposição ao infrator do recolhimento de multa, cuja graduação tem seus critérios definidos pelo art. 57 e que tem por função tanto a reparação do dano causado pela infração legal quanto à inibição ou desestímulo à repetição da conduta.

As sanções objetivas seriam aquelas que consistem em providências concretas, quanto ao produto ou serviço, disciplinadas nos incisos II, III, IV, V e VI.

As sanções subjetivas são aquelas que incidem na atividade do fornecedor. São as sanções previstas nos incisos VII a XII. (In Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, pág. 756/757.)

DANIEL FERREIRA classifica as sanções administrativas em: a) Sanções Reais – são as pecuniárias (multas) e as que, por sua natureza gravam coisas, possuindo natureza real (e.g. as de perda de bens, interdição de estabelecimento, etc.); b) sanções pessoais – são todas as demais, ou seja, as que atingem a “pessoa” do sujeito passivo da sanção (infrator ou responsável), nelas se incluindo, por exemplo, as de prisão, de suspensão da atividade, etc. (In FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1999, pág 41.)

REGIS DE OLIVEIRA faz a seguinte observação. *Classificam-se as sanções, em razão de seu conteúdo, isto é, aquilo que o ato dispõe, prescreve, determina, contém, etc., da seguinte forma: suspensiva ou privativas de atividade (inabilitação, perda ou suspensão de habilitação de motorista; fechamento provisório ou definitivo de indústria, cassação de licença, caducidade das concessões, demissão de funcionário, etc.); pecuniária, quando da aplicação de multas; c) privativa de bens (quando a apreensão de mercadoria, prisão, etc.). São também punitivas ou recuperatórias, de acordo com a finalidade. Se o objetivo é simplesmente infligir um castigo ao infrator, temos as primeiras; se é restaurar o dano econômico, temos as segundas (pág 71)”. Mais adiante em seu trabalho exemplifica os tipos mais comuns de Sanções administrativas: 1 – Multa; 2 – Suspensão ou interdição do exercício de atividade; 3 – Destruição de bens ou confisco; 4 – Prisão Administrativa. (in OLIVEIRA, REGIS. *Sanções Administrativas*, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1984, pág 71 / 115.)*

LORENZO Del Federico classifica as sanções administrativas e tributárias do seguinte modo: “a) penalidades pessoais: limitam diretamente a esfera da liberdade pessoal do administrado com a suspensão da carta de condução, ou na suspensão da inscrição no livro da ordem dos profissionais; b) reais: incidem sobre

As primeiras refletem-se única e exclusivamente na imposição de sanções que gravam o patrimônio ou bem de propriedade do infrator, incidem sobre o objeto ou coisa causadora do ilícito. Podemos citar como exemplo a apreensão e inutilização dos produtos, etc., previstas nos incisos II e III do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Já as sanções pessoais atingem o sujeito passivo da sanção, limitando a sua própria liberdade de permanecer no mercado ou entabular novos negócios. São exemplos a cassação de licença do estabelecimento; a proibição de fabricação, suspensão no fornecimento, suspensão temporária da atividade; revogação da concessão ou permissão de uso; cassação de licença; interdição e imposição de contra propaganda, previstas nos incisos IV à XII do artigo 56 do CDC.

Por fim, temos as sanções pecuniárias, eminentemente as multas, tal como tratadas no inciso I do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, que obriga os fornecedores a desembolso de determinada quantia em dinheiro, de acordo com determinados critérios de dosimetria de pena.

Este último tipo de sanção, aliás, o mais recorrente de todas as sanções previstas no artigo 56, ainda padece de critérios objetivos para sua aplicação,

a coisa, objeto, instrumento ou fruto do ilícito, sendo exemplo, entre outros, o perdimento de bens; c) pecuniárias: concretizadas numa quantificação monetária, a qual incide diretamente no patrimônio do administrado, como a pena pecuniária (In FEDERICO, Lorenzo Del. *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*. Milão: Giuffrè, 1993, pág. 200.)

variando a intensidade das multas aplicadas muitas vezes de acordo com o órgão aplicador e não com a natureza da norma violada ou dano efetivamente causado aos consumidores.

Vejamos com mais detalhes cada tipo de sanção

2.2.1 – Sanções Reais e Pessoais

Dentre o rol de sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, aquelas que consideramos como Reais e Pessoais muitas vezes se apresentam de difícil aplicação por parte dos órgãos da Administração Pública, que têm por escopo a proteção e defesa dos consumidores (eminentemente Procons), sendo predominante a aplicação de penas pecuniárias (multas).

O inciso III do artigo 56 do CDC, por exemplo, prevê no rol de sanções administrativas possíveis a inutilização do produto.

Neste caso é preciso levar em consideração que os produtos colocados no mercado de consumo atendem a disposições de normas e órgãos específicos da administração pública, a exemplo de normas expedidas pelo Ministério da Saúde, Ministério da Agricultura, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dentre outros.

Como compatibilizar, por exemplo, o mencionado dispositivo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor com os artigos 112 e 113 do Decreto nº 2.314, de 4 de setembro de 1997 - *Regulamenta a Lei nº 8.918, de 14 de julho de 1994, que dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas*. De acordo com os artigos deste decreto, a inspeção e fiscalização de bebidas serão exercidas por inspetor, credenciado pelo órgão central da atividade do Ministério da Agricultura e do Abastecimento. Da mesma forma o parágrafo 2º do mencionado artigo 112 dispõe que a inutilização de produto ou matéria-prima deverá ser executada pela fiscalização do Ministério Agricultura e Abastecimento.

Se algum órgão legitimado a aplicar sanções administrativas (Procons, CEDECONs, etc) constatar irregularidade em alguma bebida, poderá inutilizar o produto eventualmente apreendido com base no inciso III do artigo 56 do CDC ou esta destruição deverá ser concretizada por agentes do Ministério da Agricultura, como determina a supracitada norma?

Da mesma forma, o inciso IV do artigo 56 do CDC dispõe a cassação do registro do produto junto ao órgão competente como forma de sancionamento administrativo.

Neste aspecto, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria n.º 2.814/GM, de 29 de maio de 1998, art. 9º, dispõe que a inobservância do disposto nesta Portaria, configura infração de natureza sanitária, sujeitando o infrator às penalidades de cancelamento da autorização de funcionamento da empresa, **cassação de todos os seus registros pelo Ministério da Saúde e da Licença do respectivo estabelecimento**, pela autoridade sanitária estadual, municipal ou do Distrito Federal, na forma da Lei nº 6437, de 20 de agosto de 1977, sem prejuízo de outras sanções civil e penal.

Genericamente, também poderá haver a extinção da concessão da prestação de serviços públicos sob o regime de concessão e permissão de acordo com a Lei nº 8.987/95. No entanto, qualquer atitude neste sentido, de acordo com o artigo 38, § 1º da referida lei, só poderá ser declarada pelo Poder Concedente, excluindo, obviamente, a possibilidade de órgãos como os Procons procederem a tal cassação.

O mesmo ocorre relativamente à cassação do registro de medicamentos, cuja competência para tal ato é da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, de acordo com a Lei nº 6.360/1976, regulamentada pelo Decreto 79.094/77.

Neste sentido também estão os incisos V, VI, VII, VIII, IX X, XI do artigo 56 do CDC.

Pode, efetivamente, o ente da administração pública ligado à tutela dos consumidores (Procons, CEDECONs etc.), aplicar as mencionadas penas de apreensão, cassação de registro, inutilização de produtos, etc., muito embora existam dispositivos determinando a atuação de outros órgãos para tal mister?

Sobre esta questão, de forma pioneira, o Professor MARCELO SODRÉ, na qualidade de Coordenador do PROCON/SP à época, lavrou documento datado de 13 de abril de 1993 e que consta do Processo SJDC 250507/93 da Secretaria da Justiça de São Paulo, encaminhado ao Secretário da Justiça de São Paulo, Dr. Manuel Affonso Ferreira Filho, no sentido de instigar o Estado de São Paulo a argüir, caso fosse aprovado, a inconstitucionalidade do Decreto 861, de 9 de julho de 1993 que tinha por objeto a regulamentação das sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os inúmeros argumentos constantes do referido documento, destaca-se a crítica feita a respeito da competência dos PROCONS, cujo conteúdo é válido de ser transcrito:

“O artigo 11 da referida proposta repete todas as sanções estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor e que seriam aplicadas pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, sem se preocupar com a possibilidade real destas sanções serem aplicadas

por estes órgãos. Por exemplo: seria a sanção de cassação do registro de um medicamento (art. 11, IV) competência dos Procon ou não deveria ser uma típica atividade de quem concede o registro? Poderíamos pensar da mesma forma na cassação de licença, ou na revogação de concessão ou permissão de uso. Parece-nos que o projeto, ao não fazer as distinções necessárias, repassa, aos Procon, atribuições que não são de sua competência.⁶⁰

Cumpri-nos antecipar que discutiremos detalhadamente nos tópicos seguintes a regulamentação do Código de Defesa do Consumidor. Por ora apenas consignamos que apesar de inúmeras divergências acerca da auto-aplicabilidade do CDC, decidiu-se que referido diploma comportaria regulamentação nos temas da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem com no tema das sanções administrativas. A regulamentação inicial veio por meio do indigitado Decreto 861/93, que se manteve praticamente fiel ao seu projeto, apesar das duras críticas tecidas acerca do seu conteúdo, a exemplo da mencionada manifestação lavrada pelo prof. MARCELO SODRÉ, então Diretor Executivo do PROCON/SP. Posteriormente veio o decreto 2.181/97, hoje em vigor, revogando integralmente o indigitado Decreto 861.

De qualquer forma, encontramos no Decreto nº 2.181/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelece as normas

⁶⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da PUC, pág. 274.

gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, uma certa racionalização e organização para imposição destes tipos de sanções.

Dessa forma, vale mencionar alguns dispositivos do referido Decreto que tentam retirar a ineficiência ou mesmo a imprestabilidade de alguns dos incisos do artigo 56, notadamente os incisos que tendem a esbarrar em normas setoriais a exemplo dos incisos II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI, como mencionado acima.

Neste sentido, estão os incisos VII, VIII e XI do artigo 3º e do artigo 4º, que outorgam aos órgãos Estaduais, Municipais, do Distrito Federal e ao DPDC a função de levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses dos consumidores, inclusive solicitando o concurso de entidades de notória especialização técnico-científica para execução de suas atividades.

Da mesma forma, o artigo 18, parágrafo 3º do Decreto determina que sanções previstas nos incisos III a XI do artigo 18 (similares aos incisos III a XI do artigo 56 do CDC) sujeitem-se à posterior confirmação pelo órgão normativo ou regulador da atividade.

Vejamos, neste sentido, o que diz DANIEL ROBERTO FINK, um dos elaboradores do anteprojeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

“A tarefa de defender o consumidor exige a atuação integrada de diversos órgãos públicos, além do órgão específico. A multiplicidade de relações de consumo afeta vários campos de atuação do Estado no qual, inclusive, se exerce o poder de polícia. Assim, por exemplo, a vigilância sanitária, no consumo de alimentos; pesos e medidas de produtos vários; e segurança de medicamentos são atividades afins à defesa do consumidor, cujo poder de polícia do Estado faz presente.

Infrações a normas que regem tais atividades devem ser notificadas aos órgãos competentes, sejam federais, estaduais ou municipais, para a adoção de medidas cabíveis. O órgão específico de defesa do consumidor não é dotado do poder de polícia. Do elenco de medidas administrativas necessárias ao respeito dos direitos do consumidor cuidou o Capítulo VII, do Título I, as quais poderão ser adotadas pelos diversos órgãos de fiscalização ‘conforme o caso’ ”.

61

⁶¹ Daniel Roberto Fink. *Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. In Código de Proteção e Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, pág. 849.

Recentemente tem sido comum o estabelecimento de chamadas operações conjuntas entre Procons e Órgãos como Vigilância Sanitária, INMETRO, Agência Nacional de Petróleo - ANP, etc.

O aparente objetivo das referidas parcerias é estabelecer bases de cooperação técnica, em que haja auxílio mutuo entre os diferentes órgãos, dentro de suas especificidades técnicas e atribuições específicas de fiscalização, resultando numa proteção e defesa mais eficaz do consumidor, dos setores regulamentados e do bem coletivo em geral.⁶²

Ligada a esta questão está a definição de quais órgãos pertencem ao chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como a possibilidade de imposição de multa pelos Órgãos Cooperadores (Procon-ANP; Procon-IPEM; Procon -INMETRO; Procon -ANVISA, etc), sem deixar escapar a controvertida questão da possibilidade de um Procon impor o fechamento cautelar ou apreensão cautelar de produtos cuja autorização para funcionamento e comercialização estão ao encargo de Agências reguladoras, como é o caso dos postos de gasolina, por

⁶² Podemos citar como exemplo os seguintes atos de cooperação: 1 – Termo de Cooperação assinado em 23/03/05 entre o Instituto de Pesos e Medidas do Paraná (Ipem) e a Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) com o objetivo de intensificar a fiscalização sobre produtos comercializados em todo Estado do Paraná; 2 – Em ação integrada dos fiscais do Procon Estadual, da Receita Estadual e da Agência Nacional do Petróleo (ANP) foram apreendidos mais de 300 mil litros de gasolina adulterada com adição de solventes em várias cidades de Minas Gerais no mês de setembro de 2003. O trabalho dos fiscais da Receita Estadual permitiu a localização dos postos que receberam o combustível. Os fiscais do Procon recolheram amostras do produto que, conforme o convênio firmado com a ANP, foram enviadas para análise no laboratório da UFMG, confirmando a adulteração por adição de solvente em todas elas. 3 - Uma operação conjunta da Secretaria da Receita Estadual da Paraíba, Ministério Público Estadual, Procon Municipal e Inmetro fiscalizou postos revendedores de combustíveis na Grande João Pessoa em dezembro de 2004; 4 - O Procon-SP e o Ipem-SP realizaram em março de 2004 fiscalização conjunta na cidade de Ribeirão Preto, em parceria com seus órgãos locais.

exemplo, cuja autorização para funcionamento é encargo da ANP⁶³. Deixaremos para os capítulos seguintes estas discussões.

No entanto, em nossa opinião não se trata de sujeição à futura confirmação, mas sim de obrigatoriedade de participação do órgão normativo ou regulador da atividade de forma independente ou por convênio ou parceria com os órgãos administrativos de defesa dos consumidores (eminentemente PROCONS), sob pena de nulidade do ato sancionatório que vier a impor qualquer uma das mencionadas sanções.⁶⁴

⁶³ Veja, neste sentido, notícia publicada pelo Procon de Minas Gerais, em 02/10/2003, (<http://www.mp.mg.gov.br/procon/noticias/021080.htm>): “Adulteração de combustível: PROCON-MG proíbe cinco distribuidoras de vender gasolina em Minas.

“Cinco distribuidoras de combustíveis estão impedidas de vender gasolina em todo o território de Minas Gerais. A medida cautelar foi tomada pelo secretário executivo do Procon Estadual, promotor de Justiça Amauri Artimos da Matta, com o objetivo de impedir que o consumidor mineiro seja lesado pela aquisição de combustíveis adulterados.”

⁶⁴ O Professor MARCELO SODRÉ, na qualidade de Coordenador do PROCON/SP à época, lavrou documento datado de 13 de abril de 1993 e que consta do Processo SJDC 250507/93 da Secretaria da Justiça de São Paulo, encaminhado ao Secretário da Justiça de São Paulo, Dr. Manuel Affonso Ferreira Filho, no sentido de instigar o Estado de São Paulo a argüir junto ao Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do Decreto 861⁶⁴, de 9 de julho de 1993. Dentre os inúmeros argumentos constantes do referido documento, destaca-se a crítica feita a respeito da competência dos PROCONS, crítica esta válida de ser transcrita: “O artigo 11⁶⁴ da referida proposta repete todas as sanções estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor e que seriam aplicadas pelos órgãos públicos de defesa do consumidor, sem se preocupar com a possibilidade real destas sanções serem aplicadas por estes órgãos. Por exemplo: seria a sanção de cassação do registro de um medicamento (art. 11, IV) competência dos Procon ou não deveria ser uma típica atividade de quem concede o registro? Poderíamos pensar da mesma forma na cassação de licença, ou na revogação de concessão ou permissão de uso. Parece-nos que o projeto, ao não fazer as distinções necessárias, repassa, aos Procon, atribuições que não são de sua competência.

2.2.2 – Sanções Pecuniárias

Como vimos, a penalidade mais comum imposta pelos órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor tem sido a pena de multa que nos termos do artigo 57 do CDC tem como critérios estabelecidos para sua graduação: **a)** gravidade da infração; **b)** vantagem auferida e **c)** condição econômica do fornecedor, não podendo ser inferior a 200 (duzentas) e não superior a 3.000.000 (três milhões) de Unidades Fiscais de Referência (UFIR), aproximadamente R\$ 212,00 à R\$ 3.192.300,00⁶⁵.

Com exceção à Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 3906, de 25 de julho de 2002, que disciplina a forma de fixação do valor das multas administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor., inexistem outras normas legais que tratam da dosimetria da pena a ser aplicada no caso concreto, sendo muito comum a regulamentação dessa dosimetria por meio de portarias expedidas pelos diversos órgãos administrativos responsáveis pela fiscalização das normas do CDC, ou mesmo por meio de Decretos Regulamentadores.

⁶⁵ Com extinção da Unidade de Referência Fiscal - UFIR pelo art. 29, § 3º, da Medida Provisória 1.973-67, de 26-10-2000, a Portaria Normativa do Procon de São Paulo n º 8, de 21/11/2000, dispõe que os valores fixados nesta unidade são convertidos em Reais, com base no seu último valor vigente, que é de R\$ 1,0641.

O Decreto nº 2.181/97⁶⁶ em seus artigos 23 e 24 apenas dispõe sobre quais as circunstâncias atenuantes e agravantes devem ser analisadas, mas em nenhum momento traz critérios objetivos para dosimetria da pena a ser imposta.

Abordaremos sucintamente a seguir os principais aspectos dos critérios a serem analisados para imposição de sanções administrativas, que sempre se subordinarão a princípios constitucionais, como o do devido processo legal, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade⁶⁷ da pena aplicada. Todavia, para discorrermos sobre o tema, sobretudo diante das inúmeras normas existentes, optamos por discutir pontualmente a base de cálculo para aplicação das sanções.

Neste aspecto, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor nos deu o balizamento geral para aplicação das sanções administrativas no seu artigo 57, sob o qual nossa análise não pode se furtar, assim como não podem os atos administrativos sancionatórios sob pena de nulidade. Portanto, para dosimetria da sanção administrativa os seguintes critérios devem ser analisados: **a)** gravidade da infração; **b)** vantagem auferida e **c)** condição econômica do fornecedor. Vejamos um a um.

⁶⁶ Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 de julho de 1993, e dá outras providências.

⁶⁷ FÁBIO MEDIDA OSÓRIO, analisando o princípio da proporcionalidade, salienta que “A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas. ‘Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e. deve poder ser dele exigível”. (In Direito Administrativo Sancionador)

Gravidade da Infração. De acordo com o artigo 57 do CDC, o primeiro aspecto a ser verificado para quantificação da multa a ser aplicada é o da gravidade da infração. O tema da gravidade exige do aplicador da norma uma dupla verificação, quais sejam: **a) a natureza da infração propriamente dita**, assim entendida como a verificação e qualificação da importância do bem juridicamente tutelado pelo direito que foi ofendido pelo infrator (direito à informação, saúde e segurança do consumidor, direito de arrependimento, etc.) e **b) o dano efetivamente provocado**.

Sobre este aspecto válida a lembrança de GARY BECKER ao tratar dos efeitos lesivos das condutas anti-concorrenciais, lembrando que os custos de uma conduta lesiva não são unicamente aqueles decorrentes da prática anticompetitiva. São, em verdade, três tipos: i) as perdas causadas pelas condutas em si mesmas; ii) os custos em detectar e quantificar a infração, seus responsáveis e os danos dela decorrentes, no sentido instrutório; e iii) os custos de imposição da sanção e condenação do agente, no sentido propriamente punitivo⁶⁸.

Todavia, temos visto nos atos normativos, que procuraram disciplinar a fixação dos valores das penas de multa nas infrações ao Código de Defesa do

⁶⁸ BECKER, Gary. *An economic approach*, 76 *J. Pol. Econ.* 181 (1968), citado por Ronaldo Porto Macedo Júnior em seu voto nos autos do Processo Administrativo nº 022.579/97-05 que tramitou perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Consumidor, apenas a preocupação de constatar-se a natureza da infração propriamente dita, nada sendo verificado acerca do dano provocado⁶⁹.

Neste sentido, a Portaria nº 23 do Procon de São Paulo, Capital, que dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa nas infrações ao Código de Defesa do Consumidor, dispõe em seu artigo 2º que as infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV), estabelecido em seu anexo I.

Apenas para exemplificarmos, dentre as infrações enquadradas no grupo I da referida portaria está *“ofertar produtos ou serviços sem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, condições de pagamento, juros, encargos, garantia e origem entre outros dados relevantes (art. 31)”*. Já um exemplo de uma infração enquadrada no grupo IV pode ser *“a exposição à venda de produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, ou perigosos (art. 18, § 6º, II)”*.⁷⁰

⁶⁹ Assim está a Portaria nº 23 do Procon do Estado de São Paulo que em seu artigo 2º definiu que “As infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV) pelo critério constante do Anexo I.” Assim também está o artigo 2º do Art. 2º. *Para efeito da gravidade da infração, as infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV) pelo critério constante do Anexo I*” Assim também está o artigo 2º do Ato Normativo nº 005/2004 do Procon do Piauí “Art. 2º. *Para efeito da gravidade da infração, as infrações serão classificadas de acordo com sua natureza e potencial ofensivo em quatro grupos (I, II, III e IV) pelo critério constante do Anexo I*”.

⁷⁰ A Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 3906, de 25 de julho de 2002, que disciplina a forma de fixação do valor das multas administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor Assim estabelece seu critério

É evidente que muitas vezes será difícil quantificar com exatidão ou mesmo por proximidade o valor do dano causado, sobretudo pelo fato de tratarmos de lesão a patrimônio difuso. Tal fato, todavia, não é suficiente para excluir da análise da quantificação da sanção a ser aplicada, o dano efetivo, quando quantificável.

O certo é que jamais poderemos aplicar em abstrato as regras de dosimetria para quantificação da multa a ser imposta em decorrência de violação às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, devendo-se sempre realizar a análise do caso concreto e, sempre que possível, utilizando métodos da economia como parâmetros para quantificação do dano e vantagem auferida pelo infrator.

Neste aspecto vale lembrar trecho do voto do então Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, ao discutir os critérios de dosimetria das sanções administrativas impostas pelo CADE no Processo Administrativo nº 022.579/97-05, sendo Representante: Messer Griesheim do Brasil Ltda e Representada S/A White Martins:

de gravidade da conduta: **Art. 4º** - A infração administrativa ao Direito do Consumidor é mais grave quando: **I** – traz conseqüências danosas à saúde do consumidor; **II** – traz conseqüências danosas à segurança do consumidor; **III** – ocasiona dano coletivo; **IV** – ocasiona dano de caráter repetido; **V** – prejudica menor de dezoito anos; **VI** – prejudica maior de sessenta anos; **VII** – prejudica pessoa portadora de deficiência, interdita ou não; **VIII** – é praticada no curso de grave crise econômica; **IX** – é praticada por ocasião de calamidade; **X** – o fornecedor se aproveita das deficiências decorrentes da condição cultural, social ou econômica do consumidor. **Art. 5º** - São circunstâncias que obrigatoriamente atenuam a multa administrativa imposta por força de infração administrativa ao Direito do Consumidor: **I** – não ser o fornecedor reincidente; **II** – não ter o fornecedor agido com dolo; **III** – ter o fornecedor adotado as providências pertinentes para evitar ou minimizar ou reparar os efeitos do ato lesivo.

“...Vale notar que estes balizamentos distinguem substancialmente as sanções antitruste das sanções penais, por exemplo, voltadas primordialmente para a análise da conduta subjetiva do agente. Entendo inadequada, assim, a metodologia de imposição de multas que parte do mínimo legal e sobre ele vai fazendo incidir as agravantes, pressupondo que o limite máximo somente deve ser aplicado quando presentes todas as circunstâncias hipoteticamente mais graves e que concretamente jamais se verificam. Este método, comum na Justiça Criminal, onde a responsabilidade individual está em questão, tem gerado a conseqüência da imposição de sanções quase sempre próximas do mínimo legal, em freqüente desatenção ao princípio da individualização da pena. No direito econômico sancionador este método é particularmente inadequado, por não levar em consideração os danos causados, consoante se demonstrará.” (...)

Verificada a gravidade da infração, passo seguinte é verificar possível vantagem auferida pelo ofensor, sobretudo para lhe impor sanção correspondente aos benefícios de sua conduta.

Vantagem Auferida. Já discutimos, no tópico que tratamos das sanções como custo da lei, que o infrator tende a se comportar de forma a maximizar seus interesses pessoais, muitas vezes realizando cálculos aritméticos entre o benefício a ser auferido com a conduta lesiva e o peso de possível sanção. Sendo o primeiro mais favorável, muitas vezes não hesitará em realizar a conduta condenada pelo Direito.

Neste sentido, digno de transcrição trecho do voto do então Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR nos autos do Processo Administrativo nº 022.579/97-05 ao tratar da racionalidade econômica das sanções:

“Na análise de uma determinada conduta praticada por um agente econômico é racional que a sanção imposta seja proporcional à vantagem econômica envolvida com a prática da infração. Assim, uma sanção inferior ao valor da vantagem auferida pela conduta infracional será uma sanção ineficaz, tendo em vista que um agente econômico racional não se verá desencorajado a praticar a infração. É por tal motivo que o próprio artigo 23, I da Lei antitruste prevê que o valor mínimo da sanção jamais poderá ser inferior ao valor a vantagem auferida”.

Portanto, a pena a ser dada ao infrator jamais poderá ser inferior ou até mesmo equivalente ao da vantagem que auferiu com a prática do ato delituoso, sob pena de estimular práticas lesivas ao consumidor.

Raros são os exemplos em que tal análise é feita para se aplicar sanções administrativas com base no Código de Defesa do Consumidor. Vimos que muitos órgãos administrativos que aplicam sanções com base no Código de Defesa do Consumidor utilizam-se de critérios pré-estabelecidos para quantificação da vantagem auferida, a exemplo do que faz o Procon-SP, por meio de sua Portaria nº 23, vejamos:

De acordo com o artigo 3º da referida portaria, a vantagem auferida será considerada de duas maneiras a saber:

I- Vantagem não apurada ou não auferida, assim consideradas, respectivamente, as hipóteses em que não restar comprovada a obtenção de vantagem com a conduta infracional ou a infração, pelas próprias circunstâncias, não implicar na auferição desta.

II- Vantagem apurada, assim considerada aquela comprovadamente auferida em razão da prática do ato infracional.

Referidos critérios, por serem utilizados como base de cálculo em fórmula criada para quantificação da multa, não permitem a análise do caso concreto, mas tão somente o enquadramento ao que está pré-determinado, senão, vejamos:

“PORTARIA NORMATIVA Nº 23 – PROCON/SP

...

Art. 5º - A dosimetria da pena de multa será definida através da fórmula abaixo, a qual determinará a Pena Base:

$$\text{“ } PE + (REC \cdot 0,01) \cdot (NAT) \cdot (VAN) = \text{PENA BASE “}$$

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 a vantagem auferida.

§ 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 = 400;*
- 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 progressiva assim determinado:

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

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

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

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

Curiosa também é a disposição da Lei nº 3.906/02 do Estado do Rio de Janeiro, que disciplina a forma de fixação do valor das multas administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o artigo 7º desta lei, a vantagem auferida será a diferença entre o faturamento decorrente da infração administrativa e aquele que ocorreria se a conduta do fornecedor fosse legal multiplicada pelos seguintes índices: **I** – 0 (zero), se a infração for leve; **II** – 0,1 (zero vírgula um), se a infração for média; **III** – 0,2 (zero vírgula dois), se a infração for grave; **IV** – 0,4 (zero vírgula quatro), se a infração for gravíssima.

A utilização de um critério pré-determinados para verificação da vantagem auferida, por si só não é de todo condenável, mas deve ser usada com certa restrição e somente na impossibilidade de se constatar a vantagem auferida pelo infrator ou mesmo se o infrator não tiver obtido nenhum proveito com sua conduta, o que não o livra da responsabilização administrativa, neste caso, não mais em decorrência da vantagem auferida, mas sim em decorrência da Gravidade da Infração.

Estes critérios – GRAVIDADE DA INFRAÇÃO e VANTAGEM AUFERIDA, jamais se excluem, mas se completam subsidiariamente, ao passo que nenhuma condenação em processo administrativo poderá ser inferior ao dano causado (Gravidade da Infração) ou inferior à Vantagem Auferida.

Todavia, esta multiplicidade de critérios pré-determinados para constatação da vantagem auferida gera uma verdadeira instabilidade e desorganização absoluta do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no eu diz respeito às Sanções Administrativas. Uma mesma conduta ilícita, com a mesma vantagem auferida e o mesmo dano provocado, pelas diferenças das regras estabelecidas pelos diversos órgãos administrativos de proteção e defesa do consumidor, irá acarretar em diferentes tipos ou valores de sanções, o que enfraquece até mesmo a manutenção do ato sancionatório, sobretudo se questionado judicialmente frente aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, dentre outros.

Ainda assim, são raras as decisões em processos administrativos para aplicação de multa por infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que analisam pontualmente a questão da “Vantagem Auferida” pelo infrator.

Dentre esses raros exemplos está o Procedimento nº 08012.006101/2001-56, sendo representante o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e representado a empresa Kimberly-Clark Kenko, envolvendo o tema da redução da quantidade de produtos⁷¹. Em nota técnica da Coordenadoria de Assuntos Jurídicos registrou-se que, concomitantemente ao prejuízo causado ao consumidor, a empresa autuada teria registrado um crescimento

⁷¹ Tal prática ficou conhecida como “maquiagem de produtos”.

de 0,8% no volume de vendas de fraldas descartáveis, apresentando um faturamento de R\$ 597,3 milhões em 12 meses.

No entanto, muito embora tenham sido apurados os mencionados dados econômicos, a vantagem auferida foi utilizada apenas como critério argumentativo para sugestão da penalidade e não como critério objetivo para quantificação da penalidade que, neste caso, não poderia ser inferior à vantagem auferida respeitando-se, de qualquer forma, os limites legais da pena⁷².

Condição econômica do infrator. Neste aspecto, tem sido comum a constatação da condição econômica do infrator por meio de sua receita mensal média. Em alguns casos chega-se ao detalhamento de considerar apenas a receita do estabelecimento em que ocorrer a infração, caso o fornecedor opere, sob a mesma bandeira/marca/nome-fantasia, vários estabelecimentos.

O Procon de Minas Gerais, por exemplo, através do Ato Normativo 01/2002, determina que a receita média será calculada considerando-se o faturamento bruto constante da “Demonstração do Resultado do Exercício”, relativo ao período imediatamente anterior à infração, podendo ser a mesma estimada ou arbitrada na falta ou inaceitabilidade das informações prestadas pelo infrator.

⁷² Nos termos do artigo 57 parágrafo único, a multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência – UFIR, ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

O Procon de Piauí, conforme Ato Normativo 06/04, repete os mesmos termos do que dispôs o Procon de Minas Gerais.

O Procon São Paulo em sua recente Portaria de nº 23 voltou a dispor sobre os meios de se apurar a receita mensal média do infrator. De acordo com o artigo 4º da referida Portaria, a condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada, de preferência, com base nos últimos doze meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, com período mínimo de três meses, podendo a mesma ser estimada pelo próprio órgão.

No Rio de Janeiro, de acordo com o artigo 8º da Lei nº 3.906/02⁷³ o índice que retrata a condição econômica do fornecedor é obtido por meio da divisão de seu faturamento anual pelo faturamento anual de uma microempresa.

No entanto, acreditamos que a adoção deste critério sem a necessária ponderação acerca do produto ou serviço colocado no mercado de consumo, que tenha causado dano aos consumidores, tem sido causa de sanções desproporcionais e desarrazoadas, cujo fim acaba sendo sua declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, acabando por desprestigiar o Órgão Sancionador e gerando gastos indevidos aos cofres públicos com a movimentação ineficaz de todo aparato administrativo.

⁷³ *Disciplina a forma de fixação do valor das multas administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor.*

Imaginemos a seguinte situação⁷⁴.

I – Uma empresa que tenha em sua linha de produção mais de 50 produtos diferentes, com um faturamento bruto de 100 milhões de reais. Dentre os produtos, suponhamos que estejam: a) óleo de cozinha (responsável por 35% do faturamento); b) papel toalha (responsável por 20% do faturamento); c) detergente (responsável por 2% do faturamento).

Agora, suponhamos que um lote do detergente tenha ido ao mercado de consumo com o conteúdo líquido inferior à informação que constava da embalagem, representando infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente os artigos 18, 31 e 37.

Neste caso, fácil está de se constatar o dano causado aos consumidores, bem como a vantagem auferida pelo fornecedor, bastando que para tanto se calcule a quantidade de produto que deixou de ser fornecida indevidamente a cada fornecedor. Portanto, restará o critério da Condição Econômica do Infrator, apenas para se sopesar um efeito punitivo para que o desestimize, bem como os demais *players* do mercado, a realização da mesma conduta típica.

No entanto, a base para se apurar a condição econômica do ofensor não pode ser a receita bruta, mas sim aquela decorrente do faturamento do produto ou serviço

⁷⁴ Ver MARIA PAULA BERTRAN (*Dosimetria das sanções no direito antitruste: análise da nova jurisprudência brasileira sob a perspectiva da deterrência*) bem como no voto do então Conselheiro do CADE, RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, nos autos do Processo Administrativo nº 022.579/97-05.

no qual se constatou a conduta típica. Necessário, portanto, que se identifique e se separe o faturamento do produto ou serviço que causou o dano aos consumidores, não podendo admitir-se como regra geral a utilização da renda bruta do Fornecedor/Infrator.

No exemplo utilizado, a tendência seria a aplicação de multa desproporcional caso utilizado o critério da receita bruta do fornecedor, sobretudo diante da análise conjunta do dano causado aos consumidores e vantagem auferida.⁷⁵

Neste sentido, já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

ATO ADMINISTRATIVO – Multa aplicada por infração à lei de Proteção do Consumidor – Pretensão à suspensão da inscrição do crédito na dívida ativa do Estado – Cabimento – Imposição de

⁷⁵ Julgando a ausência de proporcionalidade entre o dano e a sanção imposta pelo Procon, assim se posicionou o TJ/RS quando do julgamento do Recurso de Apelação nº 70006348064 julgado em 18/06/03 de relatoria do Ilmo. Desembargador Roque Joaquim Volkweiss: “..No que tange à alegação de desproporcionalidade da pena aplicada fixada em 8500 UFIRs, esta prospera, porquanto ela está jungida ao prejuízo causado ao consumidor, mas, também, observa aos parâmetros de potencial lesivo e situação patrimonial do infrator, nos termos do art. 57 do CDC, que estabelece: “**Art. 57 – A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (...)**”. Assim, considerando a lesão da infração (cobrança a maior equivalente a 273 kwh), a conduta e condição econômica da apelante, bem como o caráter pedagógico da penalidade e o monopólio no fornecimento de energia elétrica, a sanção administrativa aplicada desatende aos critérios de adequação da pena, existindo ofensa ao princípio da proporcionalidade. Em conseqüência, passo a fixá-la em R\$ 2.000,00, corrigíveis a partir desta data, com o que provejo neste tópico o apelo.”

No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 70004431664, julgado em 13/12/2002, Relator ROQUE JOAQUIM VOLKWEISS, TJ/RS, EMENTA: Mandado de Segurança. Processo Administrativo. Pena de Multa, Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da penalidade de multa em processo administrativo configura violação de direito líquido e certo.

Sanção com base unicamente no faturamento mensal da empresa – Critério que se mostra destoante da noção de razoabilidade, pois completamente afastado da relação de proporcionalidade entre o fato e a sanção – Manifesto o perigo de dano, justificando a concessão da tutela antecipada – Recurso Provido para este fim.

EMENTA OFICIAL: Quando o ato administrativo, de natureza sancionatória (multa), se mostra destoante da noção de razoabilidade, viável a tutela antecipada para suspender a inscrição deste crédito na dívida ativa do Estado^{76, 77}.

É necessário, portanto, para imposição de Sanções Administrativas a definição do que, com as devidas ressalvas, no direito concorrencial usualmente se define por “Mercado Relevante do Produto”.

No entanto, como dito, tal critério não deve ser absoluto, aplicando-se conjuntamente o dano causado e o benefício auferido pelo infrator. Isto porque, pode haver situações em que, a receita gerada por um produto seja irrisória diante do faturamento bruto de determinada empresa e até mesmo diante do dano causado (prejuízo à saúde e segurança dos consumidores, por exemplo). Certamente neste caso, para imposição da sanção há que se guiar, também, pelo dano causado aos consumidores.

⁷⁶ Agravo de Instrumento nº 368.137-5/8-00, julgado em 5 de agosto de 2004, da relatoria do Ilmo. Desembargador Jo Tatsumi.

⁷⁷ Neste sentido ver: 1- Agravo de Instrumento nº 378.541-0/00.

Resta-nos, agora, verificar os aspectos procedimentais a serem seguidos para imposição das referidas sanções. Vejamos, portanto, a regulamentação das sanções administrativas.

3 - Da Regulamentação do CDC

Logo após a edição do Código de Defesa do Consumidor, discutiu-se a necessidade de regulamentação das Sanções Administrativas, entendimento este que acabou por prevalecer⁷⁸.

⁷⁸ Em sentido contrário se posicionou o professor José Geraldo Brito Filomeno, um dos elaboradores do anteprojeto de Lei que deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, vejamos: “(...) *Isso porque, se analisados seus dispositivos, notadamente no âmbito administrativo (art. 55 a 60), bem como os constitucionais que tratam da distribuição de competência legislativa, e que prevêem a tutela do consumidor, observar-se-á, de pronto, que na verdade esses apenas sinalizaram aos diversos setores regulamentadores da atividade produtiva (por exemplo, no âmbito dos Ministérios da Agricultura, Saúde, Indústria e Comércio e muitos outros) no sentido de um exame da legislação já existente, sobretudo no que concerne à chamada polícia administrativa e sua eventual adaptação aos novos ditames do mencionado código. (...) Assim sendo, e por conseguinte, em princípio a Lei nº 8.078, de 11-9-1990 (Código de Defesa do Consumidor) não necessitaria de regulamentação: o que os dispositivos invocados (arts. 55 a 60) fazem, em verdade, além de sinalizar, como visto, aos órgãos, estes sim, regulamentadores de cada setor de produção, distribuição e consumo de produtos e serviços, no sentido de que se adequem às novas exigências, é elencar e sugerir novos tipos de sanções, mesmo porque muitos deles já se acham consagrados em legislação de vigilância sanitária, por exemplo*”. In FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor, pág 129.

Entendendo que a falta de procedimento para aplicação de sanção administrativa não inviabiliza a aplicação da sanção, se prevista em lei, pois teria a Administração a obrigatoriedade de suprir tal lacuna, assim se posicionou o professor Carlos Ari Sundfeld: “*A inexistência de previsão legal a respeito do procedimento para a aplicação de sanções administrativas, fato extremamente comum, não impede, seja o exercício do direito de defesa, seja a aplicação da sanção. (...) O Direito existe para ser aplicado e a existência de lacuna não pode impedir sua eficácia: se o legislador descumpriu sua função de regular inteiramente a matéria, seria um contra-senso desprezar aquilo que ele criou. Suprir lacuna adjetiva é competência implícita do administrador, quando isto for necessário para a aplicação de lei substantiva. E colmatar uma lacuna, toda doutrina o reconhece, não é o mesmo que legislar. (...) Em conclusão: à falta de lei dispondo sobre o procedimento administrativo, necessário à aplicação da sanção prevista pelo legislador, pode a*

O Professor MARCELO SODRÉ⁷⁹, integrante da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto que originou o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, nos apresenta um verdadeiro testemunho, de grande valor histórico, sobre a discussão gerada a respeito da necessidade ou não de regulamentação do Código, vejamos:

“Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e a revogação do Decreto nº 91.469/85, o Sistema Nacional ficou na forma descrita nos itens anteriores deste capítulo, o que ensejou, à época, uma discussão a respeito da necessidade de regulamentar o Código de Defesa do Consumidor. Após inúmeras discussões, houve um consenso de que o Código era auto-aplicável, não necessitando de nenhuma regulamentação, com exceção da problemática que envolvia a formação do Sistema Nacional, bem como da aplicação das sanções administrativas. Percebeu-se claramente, então, que a regulamentação do Código era o instrumento oportuno para equacionar estes dois problemas. Sou testemunha pessoal – pois à época dirigia o PROCON de São Paulo – das inúmeras dúvidas que existiam sobre como deveria ser a relação dos procons estaduais com o órgão central e qual legislação deveria ser utilizada para

administração suprir a lacuna, observando os princípios constitucionais, os demais princípios jurídicos e a analogia. Nada obsta, igualmente, que isto seja feito por decreto regulamentar”. In SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas, pág. 102/10.

⁷⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da PUC, pág. 272.

fundamentar a aplicação das sanções administrativas. Muitos PROCON estaduais, mesmo após a edição do Código, continuaram a fundamentar os autos de infração na Lei Delegada nº 4, por entenderem que a falta da regulamentação do CDC poderia gerar a nulidade das autuações. Nesta mesma época, diversas propostas de regulamentação foram apresentadas, podendo ser lembrada, inclusive, a proposta preparada no âmbito do PROCON de São Paulo, e de outros Procons, que está publicada da Revista do Consumidor nº 10, e que foi apresentada pelo Governo de São Paulo ao Ministério da Justiça.”

Desta forma, a regulamentação se fez inicialmente por meio do Decreto nº 861/1993, que foi alvo de incansáveis críticas por parte de toda sociedade sendo, inclusive, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Governo do Estado de São Paulo.

Ainda assim, para que se tenha uma idéia da dificuldade inicial para imposições de sanções administrativas com fundamento no CDC mesmo após a primeira regulamentação das sanções administrativas com base na Lei nº 8.078/90, bem lembra o professor BRITO FILOMENO que o Procon de São Paulo, imerso em dúvidas diante da ausência de regulamentação e, posteriormente, diante precária regulamentação estabelecida pelo Decreto 861/93, criou uma equipe de fiscalização que passou a visitar estabelecimentos e a utilizar, como instrumentos básicos para

imposição de Sanções Administrativas, a Lei Delegada nº 4/62, a Portaria Super-Sunab nº 4/94 e, posteriormente, a Portaria Super-Sunab nº 2/96⁸⁰, autuações estas que, após algum tempo, tiveram reconhecida sua validade pelo Poder Judiciário.⁸¹

Posteriormente, veio o Decreto nº 2.181/97 que, apesar de acabar com inúmeros problemas de seu antecessor, ainda deixou a desejar no que diz respeito à organização e sistematização do tema das sanções administrativas.

No entanto, apesar do referido Decreto, da mesma forma que seu antecessor, estabelecer normas gerais para aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/90, muitos Estados e Municípios aplicam normas diversas para imposição das referidas sanções, sejam leis ou decretos estaduais e municipais, além de portarias ou atos normativos emitidos pelo próprio órgão responsável para imposição das sanções.

A exemplo de tais disposições normativas podemos citar as Leis nº 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, até mesmo Leis Estaduais que regulam os processos administrativos no âmbito da Administração Estadual, a exemplo das Leis nº 10.177/98 (Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo); nº 8.059, de 17 de janeiro de 2002 (*Dispõe*

⁸⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor, pág. 134.

⁸¹Nos autos do Recurso de Apelação Cível 108.151.5/4-00 - Ribeirão Preto, o Desembargador Moacir Perez foi firme ao apontar em seu voto que “*Legítima, portanto, a ação do PROCON, que fiscalizou e puniu a ora Apelante com fundamento na Lei Delegada nº 4/62, com redação dada pelas Leis 7784/89, 8.035/90, 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), c/c as Leis 8.656/93 e 8881/94. Ver Apelação Cível nº 217.072.1/9 da Comarca de São Paulo, sendo Apelante Fazenda do Estado de São Paulo e Apelado Casa Bayard Esportes Ltda*”.

sobre o critério para a fixação das multas administrativas decorrentes das infrações contra o consumidor do Rio Grande do Norte; Lei Complementar nº 30, de 26.07.2002 (dentre outras funções, estabelece as normas gerais do exercício do Poder de Polícia e de Aplicação das Sanções Administrativas previstas no CDC, etc.).

Antes de nos aprofundarmos nos comentários aos referidos Decretos, vejamos no quadro abaixo a constatação do cipoal de normas que representa a aplicação de sanções administrativas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

<u>Estado</u>	<u>Aplica o Decreto nº 2.181/97 (Estabelece normas gerais para aplicação de sanções Administrativas.)</u>	<u>Aplica a Lei Federal nº 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal)</u>	<u>Aplica Lei / Decreto Estadual</u>	<u>Aplica Portarias Internas do Órgão</u>
ACRE	SIM	NÃO	NÃO (Existe a Lei nº 1.341/00 que cria o Sistema de Defesa do Consumidor do Estado do Acre - SIDCEAC; institui o Departamento Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon; o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CONDECON; institui o Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos - FEDDD e dá outras providências. Mas referida lei não trata das sanções administrativas.)	NÃO
ALAGOAS	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
AMAZONAS	SIM	NÃO	NÃO	NÃO

<u>Estado</u>	<u>Aplica o Decreto nº 2.181/97 (Estabelece normas gerais para aplicação de sanções Administrativas)</u>	<u>Aplica a Lei Federal nº 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal)</u>	<u>Aplica Lei / Decreto Estadual</u>	<u>Aplica Portarias Internas do Órgão</u>
AMAPÁ	SIM	NÃO	NÃO (Existe a Lei nº 687/2002 - Institui o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, cria o Instituto de Defesa do Consumidor do Estado do Amapá, o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor e dá outras providências, Mas referida lei não trata das sanções administrativas.)	NÃO
BAHIA	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
CEARÁ	SIM	NÃO	NÃO (Existe a Lei Complementar 30/2002 - Cria o Programa Estadual de Proteção e Def. do Cons. - DECON, nos termos previstos na Constituição do Estado do Ceará, e estabelece as normas gerais do exercício do Poder de Polícia e de Aplicação das Sanções Administrativas previstas na Lei nº 8.078/90, e dá outras providências, mas referida lei não trata das sanções administrativas.)	NAO
DISTRITO FEDERAL	SIM	NÃO	NÃO	Portaria 01/2002 (Cria critérios de aplicação de multa.)
ESPÍRITO SANTO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
GOIÁS	SIM	NÃO	NÃO	ATO NORMATIVO 1/2002. Dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa por infrações ao CDC, ao Dec. 2.181/97 e à legislação complementar.

<u>Estado</u>	<u>Aplica o Decreto n° 2.181/97 (Estabelece normas gerais para aplicação de sanções Administrativas.)</u>	<u>Aplica a Lei Federal n° 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal)</u>	<u>Aplica Lei / Decreto Estadual</u>	<u>Aplica Portarias Internas do Órgão</u>
MARANHÃO	SIM	NÃO	Decreto n.º 17.493/2000 Institui procedimentos administrativos referentes às infrações contra os direitos do consumidor. (Regulamenta a Lei n° 8.044/03, que cria o Fundo Estadual de Proteção e Defesa dos Direitos do Consumidor - FPDC, e dá outras providências.)	NÃO
MINAS GERAIS	SIM	NÃO	NÃO	<p>1 - Instrução Normativa n° 01/2003 – Da Secretaria Executiva do Procon Estadual - <i>Dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa por infrações ao Código de Defesa do Consumidor.</i></p> <p>2 - Resolução da Procuradoria de Justiça n° 49/2002 Regulamenta o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - Procon Estadual e o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor - SEDC, nos termos previstos na Constituição do Estado de Minas Gerais, na Lei Complementar Estadual n° 34/94 e na Lei Complementar Estadual n° 61/01, e estabelece as normas gerais do exercício do poder de polícia e de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências.</p>
MATO GROSSO DO SUL	SIM	NÃO	Lei Estadual n° 1.627/95 - <i>Cria o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor - SEDC, e dá outras providências.</i> Decreto Estadual n° 8415/95 - <i>Dispõe, com fundamento no inciso X do art. 16, art. 18 e art. 21 da Lei Estadual n° 1.627, de 24 de novembro de 1995, sobre as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei Federal n° 8.078, de 11 de setembro de 1990 e dá outras providências.</i>	SIM
MATO GROSSO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO

<u>Estado</u>	<u>Aplica o Decreto nº 2.181/97 (Estabelece normas gerais para aplicação de sanções Administrativas.)</u>	<u>Aplica a Lei Federal nº 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal)</u>	<u>Aplica Lei / Decreto Estadual</u>	<u>Aplica Portarias Internas do Órgão</u>
PARAÍBA	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
PERNAMBUCO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
PIAUI	SIM	NÃO	Lei Complementar nº 036/2003, de 09 de janeiro de 2004 - Regulamenta o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor – SEDC e transforma o Serviço de Defesa Comunitária – DECOM/MP em Programa de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado do Piauí – Procon/MP-PI, modifica os artigos 7º, inciso I, 53, 54 e 88 da Lei Complementar Estadual 12/93, e estabelece normas gerais do exercício do Poder de Polícia e de Aplicação das Sanções Administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências.	<p>1 - Ato Normativo Procon 02/2004 Dispõe sobre o controle das multas aplicadas pelo Procon</p> <p>2 - Ato Normativo Procon 05/2004 Dispõe sobre os elementos constitutivos da Reclamação e critérios para a instauração de procedimento administrativo no âmbito das atribuições do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon.</p> <p>3 - Ato Normativo Procon 07/2004. Dispõe sobre o critério de fixação dos valores das penas de multa por infração à Lei nº 8.078/90 e demais normas de defesa do consumidor. Revoga, por completo, o Ato Normativo Procon nº 006/2004.</p>
PARANÁ	SIM	NÃO	NÃO	Resolução nº 064/98- <u>Aprovar</u> a Instrução Normativa para os Procedimentos Administrativos da Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/PR aprovada pela Resolução 49/96, na forma do Anexo que integra a presente Resolução.
RIO DE JANEIRO	SIM	NÃO	Lei nº 3906, de 25 de julho de 2002. Disciplina a forma de fixação do valor das multas adm. previstas no CDC. Decreto Estadual nº 35.686/04. Dispõe sobre a organização do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor – SEDC, estabelece as normas gerais das relações de consumo, de aplicação das sanções adm. previstas na Lei Federal nº 8.078/90, e dá outras providências.	NÃO

<u>Estado</u>	<u>Aplica o Decreto nº 2.181/97 (Estabelece normas gerais para aplicação de sanções Administrativas.)</u>	<u>Aplica a Lei Federal nº 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal)</u>	<u>Aplica Lei / Decreto Estadual</u>	<u>Aplica Portarias Internas do Órgão</u>
RONDÔNIA	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
RORÂIMA	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
RIO GRANDE DO SUL	SIM	SIM	Lei nº 10.913 de 03 De janeiro de 1997. Institui o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, e cria o Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor e dá outras providências Decreto nº 38.864, DE 09 de setembro de 1998. Regulamenta o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor instituído pela Lei nº 10.913, de 03 de janeiro de 1997, e dá outras providências.	NÃO
SANTA CATARINA	SIM	NÃO	NÃO	Portaria n.º 026, de 13/03/2002. Dispõe sobre imposição e graduação de penas administrativas nas infrações das normas de defesa do Consumidor.
SERGIPE	SIM	NÃO	NÃO	NÃO
SÃO PAULO	NÃO	NÃO	Lei 10.177	1 - Portaria Normativa Procon n.º 23, de 06 de outubro de 2005 - Dispõe sobre os critérios de fixação dos valores das penas de multa nas infrações ao Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências.
TOCANTINS	SIM	NÃO	NÃO	Instrução Normativa 01/2004 (Fixação de Valores das Multas.)

Diante da constatação da multiplicidade de sistematização dos processos e procedimentos para imposição de sanções administrativas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, questionamos se tal fato deve ser entendido como uma situação sadia para aplicação pontual (regional) das sanções administrativas com fundamento no CDC ou mesmo se tal situação é irrazoável, prejudicial ao desenvolvimento e fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Nossa opinião é que tal fato não apresenta nenhum aspecto positivo para o fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Podemos, inclusive, pontuar alguns aspectos negativos gerados por tal situação:

I - Dificuldade para uma atuação conjunta por parte de todos os órgãos de proteção e defesa do consumidor;

II – Irrazoabilidade e desproporcionalidade na imposição de sanções administrativas pelo mesmo fato, mas aplicada por órgãos diversos;

III – Impossibilidade de uniformização de conduta positiva pelos fornecedores que oferecem produtos e serviços em todo território nacional, etc.

O Ideal, diante desta ausência de procedimentos e critérios uniformes para aplicação de Sanções Administrativas, seria a adoção de uma lei federal, que estabelecesse os aspectos processuais e critérios de dosimetria de pena para as sanções administrativas aplicadas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Enquanto isso não ocorrer teremos uma convivência obrigatória com essa multiplicidade de regulamentações.

Vejamos, então, os principais aspectos de tais decretos.

3.1 – O Decreto nº 861/1993

A primeira tentativa de regulamentação das Sanções Administrativas foi o Decreto nº 861, editado pelo Governo Federal em 13/07/1993, que dispunha sobre a Organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelecia normas gerais de aplicação das sanções administrativas e dava outras providências.

Esta tentativa de regulamentação foi totalmente rechaçada por diversos setores da sociedade tendo, inclusive, o Fórum Nacional dos Secretários de Estado da Justiça e da Cidadania, reunido em março de 1993 no Ceará, deliberado em carta aberta para *“manifestar discordância substancial, pela discutível*

*constitucionalidade do projeto com o qual se pretende regulamentar por decreto o Código de Defesa do Consumidor” e “reivindicar que este Fórum seja ouvido na elaboração do texto legal que regulamentará o referido Código”.*⁸²

Em apertada síntese, essas eram algumas críticas tecidas contra referido decreto: a) não priorizou as condutas mais problemáticas para atuação dos órgãos de defesa do consumidor; b) não definiu com clareza e precisão os tipos administrativos sujeitos à aplicação de sanções, ficando tipos demais genéricos; c) repetiu as condutas indesejadas descritas no CDC; d) criou um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor burocrático; e) criou de novos tipos de práticas não previstos no CDC e) afrontou o caráter de autonomia política dos Estados e Municípios – violação do princípio federativo; f) ultrapassou limites de poder regulamentar.⁸³

Tamanho os equívocos do referido decreto que o Governo do Estado de São Paulo à época ajuizou a Ação Indireta de Constitucionalidade contra referido dispositivo legal, ação esta que sequer foi conhecida sob o argumento de que as questões reclamadas caracterizariam eventual crise de legalidade e não de inconstitucionalidade a viabilizar a utilização da via processual eleita.⁸⁴

⁸² SODRÉ, Marcelo Gomes. Críticas ao Decreto Federal 861, que Regulamentou o CDC e Apresentação de Propostas Para sua Alteração. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 10 , RT , 1994, pág. 28.

⁸³ Sobre este tema ler: SODRÉ, Marcelo Gomes. Críticas ao Decreto Federal 861, que Regulamentou o CDC e Apresentação de Propostas Para sua Alteração. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 10 , RT , 1994. SILVA NETO, Marcelino R. A Regulamentação das Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor nº 9 , RT , 1994.

⁸⁴ ADI 996 MC / DF - DISTRITO FEDERAL Julgamento: 11/03/1994. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO Publicação: DJ DATA-06-05-94 PP-10468 EMENT VOL-01743-02 PP-00221

Sob o aspecto das Sanções Administrativas, referido Decreto impunha que toda e qualquer imposição de Sanção Administrativa tivesse o seguinte trajeto:

1 – O órgão de proteção e defesa do consumidor do Município onde ocorreu o fato gerador da infração é, necessariamente, órgão que instruirá o processo, independente de quem tenha emitido o Auto de Infração logo, o órgão que emitir o Auto de Infração o encaminhará ao órgão de proteção e defesa do consumidor do Município onde ocorreu o fato gerador (artigos 35 e 36).

2 – Ao órgão preparador incumbirá a decisão acerca do Auto de infração, recusando-o ou julgando-o procedente (arts. 37 e 44);

3 – Das decisões do órgão preparador caberá recurso ao órgão de proteção e defesa do consumidor Estadual (caso o órgão preparador seja municipal) ou ao DPDC (caso o órgão preparador seja Estadual);

E M E N T A: ADIN - SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (SNDC) - DECRETO FEDERAL N. 861/93 - CONFLITO DE LEGALIDADE - LIMITES DO PODER REGULAMENTAR - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *contra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.

4 – Das decisões de primeira instância Administrativa caberá recurso ao DPDC (caso o primeiro órgão de recurso administrativo seja Estadual) ou ao Titular da Secretaria de Direito Econômico (caso a primeira instância administrativa tenha sido o DPDC);

5 – Por fim sendo julgada procedente a impugnação, ou quando acolhidos os recursos, a autoridade “a quo” recorrerá, de ofício, à autoridade “ad quem”.

Como se pode verificar, criou-se um procedimento inexecutável, impraticável e totalmente ineficaz no que diz respeito à aplicação das sanções administrativas com base no Código de Defesa do Consumidor.

Referido Decreto, todavia, veio a ser revogado em 1997, através do Decreto nº 2.181 de 20 de março, que também dispôs sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabeleceu as normas gerais das sanções administrativas previstas no CDC.

2.2 – O Decreto nº 2.178/1990

O referido Decreto, como dito, tem a mesma finalidade do seu antecessor (Decreto 861/93), qual seja, *Organizar o Sistema Nacional de Defesa do*

Consumidor - SNDC, estabelecer normas de aplicação de sanções administrativas e da outras providências.

Todavia, apesar de ainda deixar a desejar no que diz respeito à organização e sistematização das sanções administrativas e inclusive do próprio SNDC, acabou com uma série de equívocos do decreto anterior, notadamente em relação ao seu funcionamento, no processo administrativo, como instância recursal das decisões proferidas pelos órgãos Estaduais ou Municipais, situação esta, como lembrada no tópico anterior, que se demonstrou inexecutável.

Referido Decreto é composto de 7 capítulos que tratam dos seguintes temas:

I - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC; II - Competência dos Órgãos do SNDC; III - Da Fiscalização, das Práticas Infrativas e das Penalidades Administrativas; IV - Da Destinação da Multa e da Administração dos Recursos; V - Do Processo Administrativo; VI - Do Elenco de Cláusulas Abusivas e do Cadastro de Fornecedores; VII - Das Disposições Gerais.

Estes mesmos capítulos se dividem em outras 14 seções que tratam da Fiscalização; Das Práticas Infrativas; Das Penalidades Administrativas; Das Disposições Gerais do Processo Administrativo; Instauração do Processo Administrativo, Reclamação; Autos de Infração, Autos de Apreensão; Da Notificação; Da Impugnação e do Julgamento do Processo Administrativo; Dos

Recursos Administrativos; Das Nulidades no processo administrativo; Da Inscrição na Dívida Ativa e Do Elenco de Cláusulas Abusivas.

Pela leitura dos inúmeros capítulos e seções que compõe referido Decreto 2.181/97, fácil constatar que o objetivo principal de sua regulamentação foi disciplinar o tema das sanções administrativas, afora os artigos que tratam sobre o cadastro nacional dos fornecedores e a criação do elenco complementar do rol de cláusulas abusivas de que trata o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar do esforço e da significativa melhora no que diz respeito ao Decreto 861/93, as disposições do Decreto 2.181/97, especificamente no tema das sanções administrativas, merecem algumas reflexões, inclusive a respeito da legalidade e constitucionalidade de algumas de suas disposições. Vejamos algumas situações:

Órgãos ou entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. De acordo com o artigo 2º do referido Decreto, integral o SNDC a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

Trata-se, como visto, de uma conceituação absolutamente genérica, não se permitindo concluir quem efetivamente pertence ou não ao SNDC. Duas poderiam ser as conclusões a respeito desta definição: uma em sentido *lato* e outra em sentido *stricto*.

De acordo com a primeira idéia – sentido *lato* – integraria o SNDC todos os órgãos ou entidades que direta ou indiretamente tivessem por objetivo a tutela dos interesses dos consumidores como, por exemplo, a atuação de uma agência reguladora que mesmo tendo por objetivo imediato a regulação de um mercado específico, acaba, ainda que indiretamente, beneficiando o consumidor com a busca de um mercado eficiente com produtos e serviços melhores a um preço mais baixo.

Uma segunda idéia seria considerar integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor aqueles órgãos ou entidades que Diretamente tenham por objetivo a tutela dos interesses dos consumidores, como o faz os Procons e algumas associações de defesa do consumidor.

Nenhuma das classificações acima pode ser tachada de incorreta, mas sim útil ao interesse que se pretenderá dar à classificação dos órgãos ou entidades que venham a integrar o SNDC. Como nosso interesse está voltado à aplicação de sanções administrativas, adotamos o conceito mais restritivo. De qualquer forma, trataremos especificamente no capítulo seguinte sobre este tema, expondo com maior detalhe os fundamentos de nossa posição.

Fiscalização. De acordo com o Capítulo III, seção I do Decreto 2.181/97, a fiscalização pela Administração do cumprimento das normas do Código de Defesa do Consumidor será exercida em todo o território nacional pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério Justiça, por meio do DPDC, pelos órgãos federais integrantes do SNDC, pelos órgãos conveniados com a Secretaria e pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor criados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, em suas respectivas áreas de atuação e competência.

Tal determinação, ao encontro do que já preceituava o artigo 55 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor amparado pelo artigo 24, incisos I, V e VIII da Constituição Federal, ratifica a idéia de autonomia na fiscalização e aplicação de sanções administrativas pelos diferentes órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se, todavia, a possibilidade de advocatória prevista no artigo 16 do Decreto. De acordo com referido artigo, nos casos de processos administrativos tramitando em mais de um Estado, que envolvam interesses difusos ou coletivos, o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC/MJ poderá avocá-los, ouvida a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, bem como as autoridades máximas dos sistemas estaduais.⁸⁵

⁸⁵ Em contato com o atual **Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos do Departamento Nacional de Proteção e Defesa** Cláudio Peret Dias

Das Práticas Infrativas. Os artigos 12 e 13 do Decreto 2.181/97 exemplificam em mais de 30 incisos inúmeras condutas classificadas como “práticas infrativas” sujeitas à sanção administrativa. A título exemplificativo vemos apenas os dois primeiros incisos do artigo 12: *“I - condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores na exata medida de sua disponibilidade de estoque e, ainda, de conformidade com os usos e costumes”*.

Vemos, ainda, nos artigos 20, 21 e 22 inúmeras outras descrições de atos típicos sujeitos à multa administrativa, esmerando-se o decreto ao descrever inúmeras condutas infrativas.

Conforme detalharemos mais à frente, ao tratarmos dos princípios do ato administrativo sancionador, não poderia o Decreto tipificar qualquer conduta como práticas. Isso porque, um dos princípios basilares não apenas do Direito Administrativo Sancionador, mas de qualquer área do direito é a Legalidade, tal como expressamente dispõe o artigo 5 °, II da Constituição Federal de 1988 (*“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*), norma cujo conteúdo existe em praticamente todas as constituições brasileiras.

Felizmente a quase totalidade das condutas tipificadas como ilícitas no referido Decreto estão dispostas no Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal 8.078/90 o que permite a imposição de sanções administrativas não com base nas condutas apresentadas no Decreto, mas sim aquelas pré-determinadas em lei.

No mesmo sentido estão as **Penalidades Administrativas**, tratadas especificamente no artigo 18 do Decreto 2.181/97. De acordo com referido artigo, a inobservância das normas contidas no CDC, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Referidas sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas:

Os artigos 24, 25, 26, 27 e 28 disciplinam, ainda, os critérios de dosimetria da pena de multa, estabelecendo as circunstâncias agravantes e atenuantes de cada prática infrativa.

Mais uma vez o Decreto repete os termos do Código de Defesa do Consumidor, eminentemente do artigo 56. Da mesma forma como dissemos no tema das penalidades, não poderia o Decreto, sob pena de violação do princípio da legalidade, dispor sobre as possíveis penalidades em caso de descumprimento de normas legais, fato este reservado à esfera legal.

Vemos um desperdício de esforços no Decreto 2.181/97, que apenas cuidou de repetir disposições já existentes em lei e que não poderiam ser objetos de regulamentação por Decreto. Melhor seria se os esforços tivessem sido todos dirigidos a formatação de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Destinação da Multa e administração dos Recursos. Talvez seja esse um ponto de acerto do Decreto 2.181/97.

De acordo com o artigo 29 do Decreto, a multa de que trata o inciso I do artigo 56 e "caput" do artigo 57 do CDC, reverterá para o Fundo pertinente à pessoa jurídica de direito público que impuser a sanção, gerido pelo respectivo Conselho Gestor.

Portanto, cada Estado ou Município pode ter seu respectivo Fundo de Direitos Difusos, sendo que na ausência de Fundos Municipais, por exemplo, os recursos serão depositados no Fundo do respectivo Estado e, faltando este, no Fundo Federal, conforme dispõe o artigo 31 do Decreto 2.181/97.

Os recursos dos respectivos fundos deverão ser utilizados para o financiamento de projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, para a modernização administrativa dos órgãos públicos de defesa do consumidor, para recuperação de bens lesados; promoção de eventos educativos e científicos além da edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza das infrações ou danos causados.

Do Processo Administrativo. Os artigos 33, 39 à 54 do Decreto tratam do Processo Administrativo, discriminando os procedimentos para sua instauração pela Autoridade competente, notificação ao infrator, prazo para impugnação e interposição de recursos administrativos, além de critérios para nulidade até a inscrição de eventual condenação em dívida ativa.

No entanto, vimos no início deste tópico a multiplicidade de normas que pretendem regulamentar até mesmo o processo administrativo para aplicação das sanções administrativas com base no Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da Lei do Estado de São Paulo nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o

processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Como, então, compatibilizar a aplicação das referidas leis de processo administrativo com o Decreto nº 2.181/97 que estabeleceu normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor? O Procon/SP, por exemplo, estaria adstrito a qual norma: Lei Estadual, Lei Federal ou Decreto? E o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, pertencente à estrutura administrativa do Ministério da Justiça e Coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, qual norma processual deverá utilizar para aplicação de sanções administrativas?

Antes de concluirmos, precisamos lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não tratou do processo administrativo para aplicação das sanções administrativas tratadas nos artigos 55 a 60, limitando-se a exigir a realização de um procedimento administrativo, obedecendo-se o princípio constitucional da ampla defesa.

Nem tampouco há no Código de Defesa do Consumidor dispositivo determinando ou conferindo ao Poder Executivo Federal competência para edição de Decreto para regulamentar o processo administrativo para aplicação das sanções.

Portanto, como bem afirma o professor SUNDFELD⁸⁶, “*não existe regime processual administrativo de “direito do consumidor” com nível ou base legal autônoma que possa excluir a aplicação de regras gerais a respeito do processo administrativo de âmbito estadual*” que também incluiria o Federal.

Portanto, cabe ao Procon /SP, como ao Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, além dos demais órgãos da administração pública Estadual ou Municipal que tutelam os interesses dos consumidores (Procons, SEDECONS, etc.), aplicar as respectivas leis que regulam processos administrativos sempre que instaurarem, dirigirem e decidirem em processos administrativos, inclusive os sancionatórios, não prevalecendo o Decreto nº 2.181/97 sobre referidas normas.

No entanto, o fato de o Decreto nº 2.181/97 não prevalecer sobre as normas de processo administrativo, não significa que não possa haver compatibilização entre essas normas naquilo em que o Decreto não contrapuser aos termos da Lei.

Neste sentido, o professor SUNDFELD se posicionou com a habitual clareza e particular senso prático:

⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. As Leis de Processo Administrativo*, pág 23.

“O Decreto Federal n. 2.181, de 20.03.97, regulamentando o CDC, estampou, em seus arts. 33 a 55, algumas normas a respeito do processo sancionatório destinado à aplicação das sanções previstas no Código. Esse Decreto foi editado pelo Presidente da República no uso de sua competência constitucional genérica para regulamentar leis federais, visando à sua fiel aplicação (CF, art. 84, IV). A Fundação Procon de São Paulo, pode observá-lo, ao realizar processos para aplicar o CDC, sem, no entanto, ficar desonerada do dever de dar cumprimento à Lei Paulista de Processo Administrativo. Aliás, cotejando esta com o Regulamento do CDC, não se vislumbra maior contradição entre eles, os quais podem ser aplicados harmônica e conjuntamente; pode-se inclusive dizer que, em geral, o Decreto e a Lei são complementares, não antagônicos. Basta ao aplicador utilizar regras práticas de compatibilização, perfeitamente conhecidas na experiência jurídica.”⁸⁷

Desta forma, com relação aos requisitos do auto de infração e apreensão e termo de depósito, por exemplo, devem ser observadas as disposições dos artigos 35 a 38 do Decreto nº 2.181/97, já que inexistente dispositivo correspondente na norma Federal ou Estadual.

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil. As Leis de Processo Administrativo*, pág 24/25.

No entanto, naquilo que houver contradição entre a Lei e o Decreto deve-se aplicar a Lei. No caso da Lei Paulista, por exemplo, o prazo para defesa do acusado e para recurso é de 15 dias, mais generoso do que prevê o Decreto e a própria Lei Federal que outorgam 10 dias para tais atos. Portanto, no caso das sanções administrativas levadas a termo pelo Procon/SP e demais órgãos competentes no Estado de São Paulo, as regras da lei Estadual de Processo Administrativo deve prevalecer.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS DO ATO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO
NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

III.1 - Aspectos Gerais

A vontade do Administrador ou daquele que impõe determinada sanção administrativa, diferentemente do que acontecia no Estado Absoluto onde o soberano utilizava e impunha normas sancionadoras como mero instrumento político, aplicando-as de acordo com sua vontade (“*the king can do no wrong*”) deve obedecer determinadas regras e princípios impostos pelo atual Estado de Direito em que vivemos.

Desta forma, necessário que façamos no âmbito do estudo das Sanções Administrativas, ainda que especificamente tratadas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, considerações acerca de princípios e pressupostos do Direito Administrativo Sancionador.

São inúmeros os princípios que deve observar o aplicador da Sanção Administrativa, mas preferimos destacar os que julgamos mais relevantes, já que muitos decorrem dos que elegemos: a) Legalidade, b) tipicidade; c) interesse social.

Afora tais princípios encontramos discussões acerca da necessidade de culpa e da pessoalidade para imposição de sanções administrativas, motivo pelo qual também analisaremos tal questão neste capítulo.

Não temos dúvida em afirmar que ausente ou desrespeitada qualquer uma das normas ou princípios mencionados, o ato administrativo sancionador padecerá de vício extrínseco à sua formação, devendo ser considerado nulo de pleno direito.

Vejamos os aspectos mais relevantes das normas e princípios acima indicados:

2 – Princípio da Legalidade

Um dos Princípios basilares do Direito Sancionador é a legalidade, tal como expressamente dispõe o artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988 (“*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”), norma cujo conteúdo existe em praticamente todas as constituições brasileiras⁸⁸.

⁸⁸ Constituição de 1824, artigo 179, XI – Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta. / Constituição de 1891, artigo 72, § 1º – Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. / Constituição de 1934, artigo 113, 2 – Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. / Constituição de 1946, artigo 141, § 2º – Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. / Constituição de 1967, artigo 150 § 2º – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A exceção está na Carta de 1937.

Tal princípio, obviamente, está umbilicalmente ligado ao Estado de Direito sob o qual vivemos, verdadeira contraposição aos ilimitados poderes antes conferidos aos monarcas. Na visão de CANOTILHO, o Estado de Direito tem os seguintes sub-princípios: i) princípio da legalidade da Administração; ii) princípio da segurança jurídica; iii) princípio da proibição do excesso; iv) princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.⁸⁹

A idéia que fundamenta o princípio, fonte de tantos outros como o da Tipicidade, que trataremos a seguir, além da irretroatividade de normas sancionadoras, etc., é a da segurança jurídica. Todo cidadão deve saber os limites que margeiam sua vida em sociedade para que possa se comportar de acordo com as normas estabelecidas, inclusive exigindo e temendo as punições decorrentes da não obediência às normas.

Cronologicamente, a primeira manifestação da legalidade foi a exigência de norma anterior ao fato para ensejar a tipificação delituosa e, conseqüentemente, a sanção (*lex previa*). A idéia de tipificação (*lex certa*), sendo esta uma segunda manifestação do princípio da legalidade, dispõe que as infrações e suas respectivas sanções, além de estarem previamente estipuladas devem descrever com precisão qual o comportamento exigido pela norma e as conseqüências do seu descumprimento. Detalharemos mais adiante este conceito.⁹⁰

⁸⁹ CANOTILHO, Gomes. Direito Constitucional. 3 ed. Coimbra: Almedina 1999, pág. 251/272.

⁹⁰ Interessante sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol (STC 61/1990, de 29 de março) sobre o principio da legalidade: “*Dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones*”

No que interessa ao nosso trabalho, estudaremos duas vias do princípio da Legalidade: a) decorrente do artigo 5º, II, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – neste caso estudaremos sobretudo os comportamentos que os fornecedores estão obrigados a realizar ou deixar de fazê-lo e b) decorrente do artigo 37 da Constituição Federal.

Isso porque, a legalidade nos atos da Administração Pública não se confunde com a simples idéia de submissão a uma ordem jurídica, esta sim uma idéia característica de um Estado Democrático de Direito. Como veremos adiante, o princípio da legalidade, voltado aos atos da Administração Pública, exige prévia e expressa cominação legal, sendo indevido qualquer comportamento no silêncio da lei. Neste sentido está o Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Segundo BANDEIRA DE MELLO “*é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos*”.^{91 92}

administrativas, refleja la especial trascendencia Del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir com. suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal.”

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág 71.

⁹² Esta é também a visão de ENTERRÍA, segundo o qual a atividade administrativa sempre representaria o exercício de deveres ou obrigações previamente estabelecidos por lei. “*Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente. Curso de derecho administrativo, vol.I, p. 433.*”

Esta é também é a afirmação de QUEIRÓ, que desenhou com felicidade a amplitude do princípio da legalidade, dizendo ser a atividade da Administração Pública a “*longa manus* do legislador”⁹³”.

A Administração, portanto, não poderá realizar nenhum ato, inclusive a imposição de sanções, sem expressa cominação legal que lhe permita exigir comportamento diferente daquele praticado pelo Administrado. A administração não pode fazer o que a lei não determina. Daí a célebre passagem de HELY LOPES MEYRELES: “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”.^{94 95}

Ao contrário do que aparenta num primeiro momento, tratar do princípio da legalidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador é tarefa complexa e implica analisar obrigatoriamente em três vias, vejamos: a) existência de prévia disposição legal obrigando ou proibindo determinada conduta; b) existência de disposição legal que obriga determinada Autoridade impor uma Sanção Administrativa e c) existência de disposição legal estabelecendo o procedimento através do qual será imposta a sanção administrativa e em quais padrões quantitativos e qualitativos.

⁹³ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Atlântida, 1968, p.9.

⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. . São Paulo: Malheiros, 1999, pág 82.

⁹⁵ Ou nas palavras de Michel Stassinopoulos: “*a lei não é apenas o limite do ato administrativo, mas sua condição e sua base. Em um Estado de Direito, a Administração não se encontra apenas na sua impossibilidade de agir contra legem ou praeter legem, mas é obrigado a agir sempre secundum legem*”. STASSUBIOIYKISM Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Paris, LGDJ, 1973, pág 69, apud SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, pág 30.

Vejamos o princípio da legalidade voltado às sanções administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

2.1 - As Disposições do Código de Defesa do Consumidor

Tratar deste tópico seria tarefa razoavelmente tranqüila se não fosse a existência de inúmeras cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados no Código de Defesa do Consumidor além, é claro, da necessária complementariedade com leis setoriais que não o Código de Defesa do Consumidor.

Podemos dizer genericamente que todos os fornecedores, assim entendidos para efeitos de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, todas as pessoas físicas ou jurídicas, pública ou privada, nacional ou estrangeira, além de entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, estão obrigados a respeitar os direitos básicos dos consumidores, dispostos no artigo 6º do CDC e seus reflexos detalhados nos artigos posteriores.

Alguns comportamentos exigidos ou proibidos são de fácil intelecção a consumidores, fornecedores, bem como pelas Autoridades responsáveis pela fiscalização e aplicação de sanções administrativas, como por exemplo, as ordens extraídas dos artigos 8º, § único, 10, §§ 1º, 2º e 3º, 30, 31, 32 *caput*, 33, 36, 37, 38, 39 (excetuando-se os incisos IV, V, bem como a parte final do *caput* que estabelece a possibilidade de existirem outras práticas abusivas), 40, 41, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51 (excetuando-se os incisos IV, XV, bem como a parte final do *caput* que estabelece a possibilidade de existirem outras cláusulas abusivas), 52, 53, 54, 55, 56, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74.

No entanto, existem no Código de Defesa do Consumidor algumas cláusulas gerais que, no dizer dos professores NERY JÚNIOR e ROSA NERY, são “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, §25, II, 3.p. 476/477). As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato (Engisch, *Einführung*, cap. VI, p. 120/121), cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizando para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (Larenz-Wolf, *Allgemeiner Teil*, § 3º, IV, n. 94, p. 82/83).”⁹⁶

⁹⁶ Novo Código Civil e legislação extravagante anotados, p. 142.

O que caracteriza, por exemplo, informação clara e adequada sobre produtos e serviços na forma apresentada pelo artigo 6º, III e artigo 30 do CDC, sendo que existem consumidores de todos os tipos, os analfabetos, os letrados, os cultos os incultos, os ricos e os pobres etc.

Em 2000, havia 17,5 milhões de brasileiros analfabetos, ou seja, 12,8% da população com mais de 10 anos de idade são incapazes de ler e escrever um bilhete simples, conseguindo, quando muito, desenhar o próprio nome. Levando em consideração estes dados do Censo Demográfico de 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), um manual de instruções bem formulado ou uma embalagem com informações completas acerca da composição química de determinado produto e sua utilização atenderia ao disposto no artigo 6º, III e 30 do CDC?

Além dos analfabetos propriamente ditos (ou absolutos), que não sabem ler nem escrever, existem 30,5% de analfabetos funcionais – as pessoas com mais de 15 anos com menos de quatro anos de escolaridade, de acordo com o IBGE. Os analfabetos funcionais conseguem ler e escrever de uma maneira rudimentar, mas são incapazes de entender textos mais longos.⁹⁷

Como se aperfeiçoa o direito à informação para essas pessoas?

⁹⁷ A Região Nordeste detém o maior índice (47,8%) de analfabetismo funcional, enquanto no Sul a proporção é de 23,2% e no Sudeste, de 23,1%.

Temos, ainda, os portadores de necessidades especiais que, em 2000, somavam 24.500.000 de brasileiros, segundo o IBGE⁹⁸. Como garantir o direito à plena informação aos deficientes visuais, por exemplo, que em 2000 totalizavam 16.500.000 de brasileiros?

Um deficiente visual e um analfabeto portador de fenilcetonúria⁹⁹, que tenham de manter um rígido controle da ingestão de fenilalanina, estarão devidamente cientes de que o refrigerante *light*, com que matam a sede, contém fenilalanina na sua composição, embora a informação esteja escrita na embalagem sem uso da escrita *braille*?¹⁰⁰

Podemos, ainda, pensar nas práticas comerciais consideradas abusivas. O que, efetivamente, está o fornecedor proibido de realizar? O que é vantagem manifestamente excessiva disciplinada no artigo 39, IV do CDC?

⁹⁸ Do total, 48% são portadores de deficiência visual; 23% de deficiência motora; 17% de deficiência auditiva; 8% de deficiência mental e 4% de deficiência Física.

⁹⁹ A fenilcetonúria (PKU) é uma doença genética, autossômica recessiva, causada pela ausência ou deficiência da enzima hepática fenilalanina hidroxilase, responsável pela transformação do aminoácido fenilalanina no aminoácido tirosina. A ausência, ou deficiência, enzimática ocasiona acúmulo de fenilalanina no sangue o que, por sua vez, determina alterações no sistema nervoso central resultando em atraso do desenvolvimento e retardo mental irreversível.

In <http://www.medicina.ufmg.br/nupad/triagem/fenilconceito.htm> ()

¹⁰⁰ Podemos ainda pensar nos Celiacos, portadores da chamada Doença Celíaca (DC), uma intolerância permanente ao glúten normalmente encontrado em **pães, bolos, bolachas, macarrão, pizzas, massas em geral, cervejas, whisky, vodka, etc.** Os principais sinais e sintomas desta doença são: diarreia (principalmente em crianças até 3 anos), ou evacuações frequentes com fezes descoloradas e espumosas (até 10 vezes/dia), vômitos, perda de peso e anemia são comuns. Esta doença afeta a mucosa do jejuno e íleo, ocorrendo uma atrofia das vilosidades de todo o intestino, limitando assim a área de absorção de nutrientes. As crianças podem apresentar abdome inchado. In <http://www.nutrimais.com/nutri/patol/celiaca.asp>

Está o fornecedor proibido de substituir os canais de contato com o seu consumidor de uma linha gratuita para uma linha tarifada? Está o fornecedor proibido de diminuir a quantidade e/ou volume do seu produto? Está o fornecedor obrigado a identificar o preço das mercadorias expostas à venda no próprio produto, ou pode utilizar-se de código de barras?

Tivemos recentemente práticas que foram entendidas como abusivas por órgãos de proteção e defesa do consumidor, além do Ministério Público de muitos Estados muito embora não constassem do rol do artigo 39, como por exemplo a substituição dos canais de contato do consumidor para com o fornecedor da linha gratuita 0800 para a ligação tarifada o 0300¹⁰¹, a alteração do volume da embalagem

¹⁰¹ O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor instaurou processo administrativo, publicado no dia 16/12/02 no Diário Oficial da União, contra o banco Credibanco. O motivo do processo foi apurar suposta lesão ao direito do consumidor, tendo em vista a substituição do serviço telefônico gratuito 0800, pelo prefixo oneroso, 0300. Segundo o DPDC havia fortes indícios de afronta ao princípio da proporcionalidade pela modificação contratual por parte da empresa, caracterizando assim uma aparente prática abusiva em desfavor do consumidor. Ainda há um número significativo de reclamações contra o banco Credibanco S/A, sendo possível vislumbrar indícios de que a empresa citada estaria desrespeitando os direitos dos consumidores garantidos na Lei nº 8.078/90. Outro alegado indício de lesão ao consumidor é que a empresa também não coloca à disposição do mesmo, um canal de comunicação gratuito para atender às reclamações em relação aos vícios ou defeitos nos produtos ou serviços adquiridos.

In http://www.justica.gov.br/noticias/2002/dezembro/RLS161202-dpdc_credibanco.htm. Vale ressaltar, sobre este caso, que a Agência Nacional de Telecomunicações, por meio do Ofício n.º 109/2003/OV – ANATEL, encaminhou ao DPDC cópia de decisão proferida em última instância em processo administrativo instaurado para apurar eventuais ilegalidades constantes na substituição do atendimento via código 0800 da central de relacionamento com os consumidores pelo atendimento via código 0300, concluindo que a transferência do serviço prestado via código 0800 para 0300 implica aumento do preço dos serviços contratados, o que, de um lado, onera o consumidor e, de outro, traduz alteração unilateral do ajuste antes firmado, resultando no aumento injustificado dos preços acordados. Ressalte-se, porém, que os serviços prestados via código 0300 não estão abolidos, mas, tão-somente não se prestam a atender às reclamações formuladas pelos consumidores diretamente aos fornecedores, em caso de existência anterior de um número 0800. Inclusive, neste sentido por meio do Despacho nº 04/2003 – SCM de 20 de fevereiro de 2003, determinou a GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A, operadora do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura Via Satélite (DTH), em todo território nacional, para que adotasse, no prazo de 10 (dez) dias, meios para assegurar aos assinantes que as reclamações referentes à prestação do Serviço sejam atendidas pelo código de acesso 0800 durante 24 horas, além de outras considerações. Para os assinantes cujo

sem prévia informação ao consumidor – chamado procedimento de maquiagem de produtos¹⁰².

No que diz respeito à elaboração de Cláusulas Contratuais Gerais, quais os conteúdos que estão definitivamente proibidos de estarem num contrato de adesão de acordo com os incisos IV, XV e § 1º do artigo 51?

contrato de adesão seja anterior à introdução do atendimento via código 0300, o código de acesso 0800 para atendimento, de modo a propiciar, além da realização de reclamações, a obtenção de informações relativas ao serviço, admitindo-se, para este fim, a utilização dos números locais para o Grande Rio de Janeiro e a Grande São Paulo, os quais operavam por ocasião da alteração do acesso promovida pela Globo Comunicações e Participações S/A.

¹⁰² O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) instaurou processos administrativos em face de inúmeras empresas terem elas reduzido o volume/quantidade de seus produtos sem informar devidamente o consumidor.

Em janeiro de 2005 dez empresas foram multadas pelo DPDC por terem reduzido a quantidade de seus produtos sem informar a redução aos consumidores. As multas foram aplicadas devido à conclusão de processos contra as empresas Nestlé, Hewlett-Packard, Johnson & Johnson, Itamaraty Indústria e Comércio, Unilever Brasil, Chocolates Garoto, Procter & Gamble, Karambi Alimentos, Danone e Quaker do Brasil, instaurados a partir de denúncias encaminhadas pelo Ministério Público, entidades civis de defesa do consumidor e por consumidores.

As empresas Itamaraty Indústria e Comércio e Hewlett-Packard foram multadas em R\$ 354.700,00. Os produtos da Itamaraty que foram reduzidos são: biscoitos recheados Itamaraty Tradicional (de 200g para 170g), Recheado Itamaraty Sabor em Dobro (de 200g para 170g) e Wafer Tradicional e Sabor em Dobro (de 200g para 140g). No processo contra a Hewlett-Packard, o produto envolvido é o cartucho de jato de tinta para impressora (de 22,8 ml, 28ml e 25ml para 11ml).

Chocolates Garoto e Procter & Gamble receberam multas no valor de R\$ 472.930,00 por terem reduzido os produtos Barra de Chocolates Garoto (de 200g para 180g) e sabão em pó Ariel e Ace (de 1kg para 900g).

No processo contra a Nestlé, a multa aplicada foi de R\$ 591.163,00 por reduções nos biscoitos Tostitas e Carícia (de 180g para 130g e de 200g para 180g, respectivamente). A multa aplicada à Johnson & Johnson foi de R\$ 118.233,00 por redução nos pacotes de absorventes da linha Sempre Livre, de 10 para 8 unidades.

O DPDC determinou multa à Unilever Brasil no valor de R\$ 788.217,00, por redução no extrato de tomate Cica, de 370g para 350g. A Karambi Alimentos, fabricante do extrato de tomate Colonial, foi multada em R\$ 59.115,00, por reduzir o produto de 370g para 350g, sem informar devidamente os consumidores.

No processo instaurado contra a Danone, a multa determinada foi de R\$ 106.409,00, por redução nos biscoitos Maisena Triunfo (de 200g para 180g), Água e Sal Triunfo (de 200g para 170g), Cream Cracker Triunfo (de 200g para 170g) e Cream Cracker Aymoré (de 200g para 170g). Para a Quaker do Brasil, a multa aplicada foi de R\$ 300 mil pela redução quantitativa da sardinha Coqueiro, de 135g para 130g.

Segundo o Auto de Infração, para o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4 (inciso III), 6 (inciso III), 31 e 37, garantiria ao consumidor o direito à informação clara, precisa e ostensiva sobre os produtos ofertados, tendo sido estes preceitos violados pelas empresas.

Legislar por meio de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados¹⁰³, como os artigos acima apontados, foi sabida opção do grupo de doutrinadores que redigiram o anteprojeto de lei que resultou no Código de Defesa do Consumidor. Esta mesma técnica legislativa foi utilizada para elaboração do chamado Novo Código Civil.

A clara opção foi dar mobilidade ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, evitando-se um sistema rígido e fechado, sobretudo diante da criatividade e evolução de práticas comerciais que colocam em risco direitos garantidos e conquistados com muito suor para proteção e defesa dos consumidores.

No entanto, teremos situações conflituosas quando relacionamos as cláusulas gerais e as sanções administrativas, sobretudo diante do princípio da tipicidade.

Que segurança jurídica tem os fornecedores ao serem sancionados por normas e/ou entendimentos acerca do seu comportamento, condenando-o como abusivo, se até então inexistia qualquer entendimento contrário à sua prática, como foi o caso da citada “maquiagem de produtos”?

¹⁰³ De acordo com a opinião dos professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, os Conceitos Legais Indeterminados, expressão que preferem à “conceitos jurídicos indeterminados”, por entenderem que a indeterminação está na norma legal e não na forma, “São palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a *hipótese de fato* posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. Distinguem-se das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia. A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas.” (*In Código Civil Anotado*, pág 142.)

Considerando, ainda, que o preenchimento do vazio normativo será feito pela autoridade administrativa competente para fiscalização e sanção, que segurança jurídica haverá se várias autoridades apresentarem entendimentos diversos acerca de um mesmo tema, como já ocorreu quando do tormentoso tema da fixação de preço de produtos em gôndolas de supermercado?¹⁰⁴ Será que tais condutas podem ser sancionadas considerando-se atendido o princípio da legalidade?

Nosso entendimento é que, sim, o fato de existir no Código de Defesa do Consumidor Cláusulas Gerais e Conceitos Legais Indeterminados, que impõem direitos e deveres a consumidores e fornecedores, são suficientes para preencherem o requisito da legalidade, muito embora esteja ao encargo do aplicador da sanção a determinação final da conduta.

¹⁰⁴ Segundo o artigo 3º da **Portaria Normativa Procon - 1, de 01.12.97- republicada no D.O.E. de 1º/07/2000** – “As seguintes formas de afixação de preços dos produtos apresentados à venda atendem aos requisitos do Art. 31 do Código de Defesa do Consumidor: a) mediante impressão ou afixação de etiquetas ou similares diretamente nos produtos; b) mediante cartaz, placa, plaqueta, ou outro indicativo colocado próximo ao produto, desde que demonstre inequivocamente tratar-se de seu preço; c) mediante impressão ou afixação de códigos referenciais nos produtos, acompanhados ou não de códigos de barras, com informações junto aos itens expostos contendo os nomes, códigos referenciais e preços; e, d) mediante qualquer outro meio mecânico ou eletrônico, localizado dentro da área de venda próxima aos produtos, que possibilitem aos consumidores consultarem os preços independentemente de solicitação”.

Já o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando, inclusive, o entendimento do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, assim se manifestou “Não basta que o preço das mercadorias à venda esteja expresso em código de barras; todo produto deve trazer de modo ostensivo em sua embalagem o preço e demais dados, em português, impostos pelo Código de Defesa do Consumidor ao fornecedor. O entendimento unânime da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a liminar concedida ao Ministério Público do Estado da Bahia determinando que o Makro Atacadista S/A afixe os preços nas embalagens dos produtos que vende. (STJ RMS 5205.)”

A maior discussão talvez esteja no âmbito da tipicidade e não da mera legalidade, conforme veremos a seguir.

2.2 - Os Regulamentos, Portarias e demais atos administrativos

Diante do que já dissemos, não nos parece que atribuições relevantes, como a determinação do que pode ou não ser entendido como um comportamento delituoso e a fixação de sua correspondente sanção, possam ficar à discricionariedade do agente que as materializaria por meio de regulamentos, portarias, resoluções, deliberações, etc.

Isso não poderia ser diferente, pois não cabe à Administração trazer novidade ao mundo ou ordem jurídica, função esta única e exclusivamente ao encargo do Parlamento. Quando muito, podemos dizer, como bem lembra QUEIRÓ, *que a ação administrativa vem a ser constituída por volições secundárias em relação às volições primárias do legislador*¹⁰⁵¹⁰⁶¹⁰⁷¹⁰⁸

¹⁰⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Atlântida, 1968, p.66.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO assinala que é *iniludivelmente claro que só por força de lei se regula liberdade e propriedade; só por força de lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos (...). Segue-se que os regulamentos não podem aportar à ordem jurídica direito ou obrigação que já não estejam, na lei, previamente caracterizados e de modo suficiente, isto é, nela delineados, ao menos pela indicação dos critérios e balizamentos indispensáveis para o reconhecimento de suas composturas básicas*". In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade. Revista Trimestral de Direito Público, v. 4 1993, São Paulo: Malheiros, p. 75.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça nos autos do ROMS nº 15.578/PB, anulou multa imposta pelo Tribunal de Contas da Paraíba, já que extrapolaria o limite estabelecido em lei. Referida decisão tem a seguinte ementa: *“Administrativo. Multa Criada por Resolução do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Falta de Previsão Legal. Ofensa ao Princípio da Legalidade das Penas (art. 5º, XXXIX, da CF).”*

No corpo do Acórdão, o Ministro Teori Albino Zavascki faz a seguinte observação: *r“Evidencia-se, com isso, a falta de base legal para pena cominada pelo artigo 8º da resolução nº 12/2001 do TC/PB, o que ofende o princípio da Legalidade, garantia imposta no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Não se pode confundir “aplicar multa” (previsto no art. 5º, XXXII do Regimento Interno do Tribunal), com o poder de criar multa, que depende da estrita observância do princípio da legalidade”.*

¹⁰⁷ No mesmo sentido SUNDFELD expressamente afirma que não há meio de o decreto – ou pior, ato de escala inferior – prever infrações e criar sanções administrativas: ou vêm dispostas na lei ou inexistem no mundo jurídico. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Ed Malheiros, 1997 pág 81.

¹⁰⁸ MUNHOZ DE MELLO traz outra justificativa. Segundo o autor, *a exigência formal tem a função de impedir que o Executivo crie ilícitos e sanções administrativas, inovando a ordem jurídica de modo primário. Se fosse permitido que a lei criasse infração administrativa e a sanção de modo vago e impreciso, estar-se-ia atribuindo à Administração Pública a mais ampla liberdade para definir se determinada situação de fato seria ou não subsumível à hipótese de incidência da norma, ou ainda atribuindo ampla liberdade para escolher a sanção administrativa a ser imposta ao infrator. Vale dizer. Somente a garantia formal não impede a Administração Pública de atuar de modo arbitrário no exercício do ius puniendi. É preciso também a garantia material.* In MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág 127.

Existem em diversos outros tribunais brasileiros decisões muito próximas àquela transcrita acima. O TRF da 3ª Região, por exemplo, possui diversas decisões repetindo o seguinte texto “*o procedimento administrativo sancionatório deve seguir a trilha da legalidade administrativa. As sanções, mesmo administrativas, devem advir diretamente da Lei*”.¹⁰⁹

Em outra decisão o TRF da 1ª Região também afirmou que Portaria não pode prever infração e sanção administrativa, imposições estas reservadas à lei em sentido formal (AC 23.048, Rel. Juiz Tourinho Neto).¹¹⁰

O STJ, como dito, adota posicionamento idêntico, vejamos: “Inexistindo lei que preveja a sanção, é ilegal a intervenção do CONCINE, apreendendo fita videocassete, respaldada em decreto (nº 93.881/86),” (RESP 275.549/MS). No mesmo sentido, RESP 117.847/MG, Rel. Min. José Delgado cuja ementa assim dispõe: “ADMINISTRATIVO. IBAMA, INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. CONTRAVENÇÃO PENAL. 1. Se o ato originário do auto de infração é tipificado como contravenção penal, é vedado ao funcionário do IBAMA a aplicação de

¹⁰⁹ ver: Processo AMS nº 93.03.051884-5; Processo REO nº 92.03.036224-0; Processo REO nº 90.03.000600-8; Processo REO nº 90.03.000600-8; Processo REO nº 89.03.042325-9; Processo REO nº 93.03.045478-2; Processo AMS nº 94.03.014747-4; Processo REO nº 93.03.006360-0; Processo AMS nº 94.03.007627-5.

¹¹⁰ Referido acórdão tem a seguinte ementa: “ADMINISTRATIVO. CARVÃO. TRANSPORTE. GUIA FLORESTAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. 1. Transportar carvão sem licença válida do IBAMA constitui contravenção penal (Lei nº 4.771, 15.09.65, art. 26, Letra I), punida com prisão simples ou multa ou ambas as penas cumulativamente, que só poderão ser aplicadas pelo juiz. O funcionário da autarquia não pode aplicar a pena de multa, na hipótese, por não se tratar de infração administrativa. 2. Portaria não pode prever a infração e a sanção administrativa, só a lei em sentido formal”.

multa, visto que não se trata de infração administrativa. 2. Só a lei, em sentido formal e material, pode tipificar infração e impor penalidade”.

Este princípio da reserva legal, todavia, não exclui a possibilidade de que determinados dispositivos legais possam fazer remissões a normas que regulamentam setores específicos, muitas vezes independentes.

Encontramos no Código de Defesa do Consumidor, artigos que expressamente fazem esta remissão: artigo 7º *caput*, artigo 18, § 6º, III e artigo 39, VIII,. Vejamos:

Art. 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Art. 18º

...

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

...

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

...

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro;

No caso destes artigos, fica clara a renúncia lógica do legislador em descrever totalmente cada tipo de práticas abusivas, bem como situações onde a saúde e segurança do consumidor possam estar em risco em virtude de produtos impróprios ao consumo colocados no mercado. Somente os órgãos específicos com agentes e materiais próprios para cada análise é que poderão aferir se os produtos à disposição dos consumidores podem ou não ser utilizados sem qualquer risco.

Podemos, inclusive, chamar tal situação de mera colaboração regulamentar, que não afronta o princípio da legalidade, mas simplesmente permite que remissões normativas trabalhem em prol da proteção e defesa do consumidor trazendo os necessários esclarecimentos e detalhamentos técnicos, sem ferir direito ou levar insegurança aos fornecedores.

Vimos, inclusive, que os órgãos de fiscalização ligados exclusivamente à Proteção e Defesa do Consumidor, como os Procons, por exemplo, muitas vezes têm de utilizar como fundamento obrigatório de um ato administrativo sancionatório determinada portaria, resolução, decreto ou regulamentação específica, sobretudo dos órgãos de metrologia legal (IPEM, INMETRO) além, é claro, de resoluções como da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Ministério da Saúde, Ministério da Agricultura, dentre outros sendo, todavia, normas meramente complementares às disposições do Código de Defesa do Consumidor.¹¹¹

Apenas não podemos confundir a presente situação com eventuais dispositivos legais que autorizam que Regulamentos determinem conceitos necessários para aplicação concreta da Lei e imponham a competente sanção administrativa.

¹¹¹ Vejamos, por exemplo, a análise feita pelo INMETRO em amostras de diferentes marcas *de produtos light e diet*. Nesta análise o produto “**Chocolate com castanha de Caju para dietas de ingestão controlada de açúcares**” apresentou irregularidades em face de algumas resoluções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portanto, considerando os mencionados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, podem sofrer sanção administrativa com fundamento nesta resolução já que tal ato administrativo estaria amparado por lei, apenas complementado por disposição regulamentar”.

Neste sentido podemos mencionar, a título exemplificativo, decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento de Recurso de Apelação, onde se tentava rever decisão que considerou válido auto de infração lavrado pelo INMETRO com base em normas regulamentadoras. Segundo o relator, *“Não fere o princípio da legalidade o fato da lei atribuir a posterior normatização administrativa, detalhes técnicos que até por necessitarem de um conhecimento técnico-científico apurado, que evolui rapidamente e necessita de atualizações constantes encontram nesta a melhor forma de serem regulamentados.”* ¹¹²¹¹³¹¹⁴

No mesmo sentido, temos o Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região (APELAÇÃO CÍVEL - Processo: nº 98030667181

¹¹² Recurso de Apelação nº 2002/0036042-0 – SELMI COMPANHIA LTDA X IPEM. O Superior Tribunal de Justiça confirmou referida decisão quando do Julgamento do Recurso Especial 423274, julgado em 25/06/2002 de relatoria do Exmo. Ministro Garcia Vieira. Segundo consta em referido acórdão o CONMETRO, usando de sua competência normativa e atribuições legais, em consonância com o disposto nas alíneas "a" e "c" dos itens 4.1 e 4.2 do Regulamento, concedeu ao INMETRO atribuição de expedir atos normativos metrológicos, necessários à implementação de suas atividades, com amparo na Resolução nº 11/88 e art. 39, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹³ Neste sentido ver: **1** - TRF 4ª Região, 3ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 200004010302219 UF: SC; **2** - TRF 4ª Região, 4ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 200370070038494 UF: PR; **3** - TRF 4ª Região, 3ª T - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Processo: 200071000189459 UF: RS **4** - TRF 2ª Região, 6ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 9902165656 UF: RJ; **5** - TRF 2ª Região, 5ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 9702138833 UF: RJ; **6** - TRF 2ª Região, 3ª T - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - Processo: 9602269197 UF: RJ; **7** - TRF 2ª Região, 1ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 9702177740 UF: RJ; **8**- TRF 3ª Região, 6ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 95031002761 UF: SP; **9** - TRF 3ª Região, 6ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 200003990643941 UF: SP; **10** - TRF 3ª Região, 6ª T - APELAÇÃO CIVEL - Processo: 98030667181 UF: SP.

¹¹⁴ No mesmo sentido, o Acórdão também do TRF 4ª Região (APELAÇÃO CIVEL - Processo: 200171000049873 UF: RS Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data da decisão: 10/06/2003), que tem parte da sua ementa assim redigida: *“... O princípio da legalidade não foi violado. No direito administrativo, a lei pode atribuir ao Poder Público certa margem para uma normatização mais detalhada, ainda mais tratando-se de metrologia, normatização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais, sendo até imperativo atribuir a um órgão e/ou entidade técnica o disciplinamento da matéria”*.

UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA - Data da decisão: 08/09/1999) que tinha trecho de sua ementa assim redigido: “...*A Lei não pode traçar todos os aspectos da hipótese concreta da infração, por isso ela delega à norma administrativa dispor sobre esses aspectos técnicos. A portaria INMETRO nº 02/82 limita-se a tecer considerações técnicas sobre pesos e medidas das mercadorias. Não entra na definição de infrações e sanções pelo descumprimento. Desta forma não há como inquiná-la de Ilegal, pois não extrapola sua competência*” .

PERES Y SANCHES tratando desta questão lembram que o princípio da legalidade no âmbito das sanções administrativas, não é tão restrito como é no Direito Penal, todavia persegue-se somente a verificação se a lei autorizou expressamente a elaboração de regulamento para imposição de Sanção, bem como se o mesmo regulamento se ateuve aos princípios e disposições predeterminados em lei.¹¹⁵

Os mesmos autores espanhóis lembram que,segundo os artigos 53, num. 1¹¹⁶ da Constituição Espanhola e inúmeros julgados do Tribunal Constitucional Espanhol, os regulamentos não podem tipificar infrações, criar tipos novos inovando e ampliando o conteúdo ou âmbito de aplicação de uma lei. *Los reglamentos no pueden tipificar infracciones. El reglamento no puede ampliar el*

¹¹⁵ PERES, Adolfo Carretero, SANCHES, Adolfo Carretero. Derecho Administrativo Sancionador, pág. 133.

¹¹⁶CAPITULO CUARTO - De las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Artículo 53 - 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

ámbito de una ley y no puede crear tipos ex novo por reenvío. La tipificación debe ser por ley formal y no por el reglamento. No caben remisiones en blanco o sin indicación de contenido”¹¹⁷

ALEJANDRO NIETO elucida que no Direito Administrativo Sancionador o conteúdo de uma lei em branco compreenderia os seguintes elementos: a) Regulação da matéria que deliberadamente não pretendeu ser exaustiva; b) Determinação de instruções e critérios básicos para que se possa desenvolver e estabelecer-se uma regulamentação; c) Possua uma autorização para que um regulamento ou ato infralegal, disponha sobre a matéria, sem exceder os limites legais.¹¹⁸

Desta forma, aos regulamentos, portarias ou decretos¹¹⁹, só é permitido instrumentalizar a execução da lei, detalhando e explicitando seus comandos ou

¹¹⁷ Peres Y Sanches. *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 118.

¹¹⁸ *En el Derecho Administrativo Sancionador el contenido de una ley en blanco comprende los siguientes elementos: a) una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva; b) La determinación de unas instrucciones, criterios o bases, que sin llegar a suponer una regulación sustantiva, resulten lo suficientemente expresivos como para que, a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la normativa; c) una habilitación reglamentaria, o sea, una autorización al Reglamento para que regule la materia penetrando en una zona reservada a la ley que, sin esta habitación, resultaría ilícita y cuya realización no ha de exceder de las instrucciones legales; d) una remisión al resultado de la colaboración reglamentaria que, en los términos dichos, se ha posibilitado u ordenado. In NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 266/267.*

¹¹⁹ Neste sentido e ligados ao tema da proteção e defesa do consumidor, temos inúmeros exemplos felizes, no sentido de que nada mais fizeram do que detalhar e mesmo exemplificar conceitos legais, tal como: **a)** Portaria SDE nº 05, de 27 de agosto de 2002, que complementa o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; **b)** Portaria MJ nº 81, de 23 de janeiro de 2002, que estabelece regra para a informação aos consumidores sobre mudança de quantidade de produto comercializado na embalagem; **c)** Portaria MJ nº 789, de 24 de agosto de 2001, regulamenta a comunicação de *recall* no âmbito federal, e Nota informativa; **d)** Portaria SDE nº 03, de 19 de março de 1999. Complementa o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 da Lei nº 8.078/90, além de inúmeras outras normas.

interpretando seus conceitos além de, eventualmente, dispor sobre os procedimentos necessários para aplicação das sanções.¹²⁰

Portanto, verificado que determinado produto não preencha determinados requisitos impostos por normas infralegais expedidas por órgãos oficiais, há que se admitir a imposição de sanção administrativa, já que referidas normas não inovaram no mundo jurídico, mas tão somente melhor detalharam e impuseram padrões técnicos para definir-se o que pode ou não ser considerado atentatório à saúde do consumidor.¹²¹

Estas regulamentações não podem, sob pena de nulidade do ato sancionatório, prescreverem penalidades, como também reiteradamente vêm decidindo nossos tribunais a exemplo do Acórdão proferido pelo TRF 4ª Região,

¹²⁰ CÈVE, Clèmerson Merlim, *in* Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 244.

¹²¹ Em junho deste ano, o INMETRO realizou análise em amostras de diversas marcas de amendoim, fubá de milho e leite de coco, por se tratar de alimentos largamente consumidos pela população (principalmente nesta época do ano) e estarem relacionados à saúde dos consumidores. Os resultados obtidos nessa análise revelaram tendências positivas no que diz respeito à qualidade dos produtos. O leite de coco e o amendoim apresentaram quadro de conformidade (100% de marcas com amostras conformes), tendo este último inclusive apresentado melhorias em relação à análise realizada em 2000 e confirmado a eficiência do programa Pró-Amendoim, implementado pelo setor para garantir a segurança alimentar do produto. O fubá de milho, por sua vez, apresentou não conformidades em 02 das 06 marcas analisadas (33% do total), que tiveram amostras consideradas não conformes nos ensaios físico-químicos que verificam o teor de ferro estabelecido na legislação. Apesar de não estarem atendendo ao percentual mínimo de ferro estabelecido para fortificação, como medida de saúde pública para redução da anemia ferropriva, os produtos estão aptos para consumo humano. O descumprimento desses limites denota a necessidade de melhoria do controle nesta etapa do processo produtivo.

O INMETRO enviou os laudos para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e para o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça, para que sejam tomadas as devidas providências, inclusive com a possibilidade de imposição de sanções administrativas. - <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/festaJunina.asp#justificativa>.

nos autos do Recurso de Apelação nº 200004011330053, julgado em 29/05/02: “1. A Lei nº 5.966/73 não prescreve penalidades às condutas infracionais que porventura possam ter sido praticadas pelos sujeitos fiscalizados pelo INMETRO, sendo que não pode uma resolução, apta tão-somente à regulamentação, ingressar no campo da lei gerando obrigações e prescrevendo penalidades, sob pena de direta ofensa ao artigo 5º, inciso II da CF/88. 2. À administração não cabe adentrar o terreno legislativo, configurando afronta ao princípio da legalidade tipificar, por meio de resolução, os infratores e suas respectivas infrações.”

Ainda ligados ao tema de objeto deste capítulo, temos o Decreto nº 2.181 de 20 de março de 1997¹²². Referido Decreto, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, traz nos seus artigos 12 e 13 as práticas que são consideradas infrativas (Art. 12. São consideradas práticas infrativas: I - condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores na exata medida de sua disponibilidade de estoque e, ainda, de conformidade com os usos e costumes, etc, etc).

Felizmente, as práticas apontadas como infrativas pelo Decreto nº 2.181/97, são repetições das práticas lesivas e sujeitas à sanção administrativa já

¹²² Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

expressamente apontadas no Código de Defesa do Consumidor, não havendo, sob este aspecto, qualquer possibilidade de alegar-se violação ao princípio da legalidade na aplicação de sanções administrativas impostas com base no mencionado Decreto.

Acreditamos que nem mesmo haveria a necessidade da exaustiva e cansativa repetição de condutas infrativas pelo Decreto já que se trata de princípio absoluto de reserva legal. Nossa opinião é de que referido Decreto certamente seria mais útil se ao invés de uma indevida repetição do que já estava predisposto por uma lei, tivesse se preocupado em organizar de forma efetiva o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, bem como estabelecer normas gerais de aplicação das sanções administrativas.

Por fim, ressaltamos que, apenas em caso de determinadas hipóteses de sujeição especial, pode-se falar em desnecessidade de lei formal, como seria o exemplo do direito de determinada universidade de punir um aluno que agrediu fisicamente um professor ou colega de turma. A autonomia genérica conferida pelo artigo 207 da Constituição Federal lhe permite definir regras de conduta e penalidades disciplinares.¹²³¹²⁴

¹²³ Ver, NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, Vol 219 pág 112.

¹²⁴Neste sentido: TRF 1ª Reg. REO 96.01.06512-1/BA; Relator JUIZ CARLOS FERNANDO MATHIAS, Segunda Turma, Publicação 31/03/1997 DJ p.18593; Data da Decisão 03/12/1996 Ementa ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - SANÇÃO DISCIPLINAR - REGIMENTO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. I - Estando a sanção disciplinar prevista no regimento da instituição de ensino e tendo sido assegurado ao aluno a ampla defesa antes da aplicação da sanção disciplinar, impõe-se a sua confirmação. II - Remessa provida, para denegar a segurança, mantendo-se íntegro o ato de desligamento do aluno da instituição de ensino. Ainda neste sentido TRF 1ª Reg. REO 89.01.01526-9/DF; Relator JUIZ HÉRCULES QUASÍMODO; 2ªT ; Publicação 04/06/1990 DJ p.11742; Data da Decisão 02/05/1990. Em

3 – Princípio da Tipicidade

Muito embora possamos afirmar que a idéia da Tipicidade seja decorrente do princípio da Legalidade, como já dissemos acima, seus conceitos têm apenas pontos de contato, não se identificando na sua totalidade.

A legalidade, como vimos, é a previsão das infrações e sanções na lei, enquanto que a tipicidade é algo mais, é a definição precisa da conduta que a lei considera infrativa, servindo para garantir a segurança jurídica. Por esta razão é que reveremos parte do que já expusemos no tópico anterior acerca das cláusulas gerais e da colaboração de normas infralegais.

Como lembra ALEJANDRO NIETO:

“De esta forma se llega al mandato de tipificación: una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma. Las infracciones y las sanciones no solo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión

tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley.”¹²⁵

Pelo que expusemos, qualquer sanção que venha a ser imposta pela Administração deve estar baseada em norma jurídica previamente inserida no ordenamento e que obrigue aos administrados um comportamento diverso daquele realizado.

O princípio da tipicidade, todavia, decorrente genericamente do princípio da legalidade, que define e prevê as infrações, conceitua-se pela descrição clara da conduta que a lei considerou infrativa, bem como a determinação do tipo da sanção que será imposta ao agente, evitando a definição de tipos abertos ou mesmo o uso da analogia em sanções administrativas, o que certamente traria um grau de incerteza e preocupação tanto ao administrado como ao aplicador da sanção.¹²⁶

É preciso que tanto o Ilícito Administrativo quanto a respectiva sanção estejam devidamente descritos na Lei Formal, já que apenas o legislador pode tipificar condutas como ilícitos e estabelecer as respectivas sanções. Apenas caberá posterior regulamentação do procedimento e forma da imposição da lei ou, como já

¹²⁵ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador, pág. 202.

¹²⁶ A Respeito da função da tipicidade e sua relação com a legalidade, vejamos trecho da sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol de 28 de setembro de 1990, trazido por PERES Y SANCHES “*Los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo de realización Del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones en la Ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la Ley considera constitutiva de la infracción y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad, junto a la exigencia de una lex previa la de una ley cierta*”.

dissemos acima, um detalhamento ou considerações técnicas por meio de regulamentação infralegal.¹²⁷

Tal situação, como pondera ALEJANDRO NIETO, encarrega o Legislador de uma dupla obrigação: a) num primeiro momento deve descrever o que deverá ser considerado como infração e b) em seguida, a respectiva sanção para tal conduta, contendo em ambos os momentos, uma descrição de seus elementos essenciais sob pena de desrespeito ao princípio da Tipicidade.¹²⁸¹²⁹

¹²⁷ Decisão do Tribunal Constitucional espanhol, Sala 2ª, RTC 1996/153, Sentencia de 30.09.1996, n. 153/1996, Recurso de Amparo 2925/1994, Relator D. Carles Viver Pi-Sunyer: “De acuerdo con una doctrina de este Tribunal a la que se hace referencia a la STC 93/1992 (fundamento jurídico 6º y siguientes), ‘el principio de legalidad no somete el ordenamiento sancionador administrativo solamente a una reserva de ley. Conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto, que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (STC 42/1987 [RCT 1987/42], fundamento jurídico 2º).

¹²⁸ “una advertencia que vale por igual para la doble manifestación de este mandato que, como veremos, se desarrolla en dos planos sucesivos: primero ha de declarar la ley cuáles son las conductas que se consideran infracción administrativa y luego ha de atribuir a cada una de tales infracciones la sanción que le corresponde. En realidad se trata, por tanto, de un doble mandato – de tipificación de infracciones y de tipificación de sanciones -, aunque con frecuencia se reserva la expresión << tipificación >> (entendida en sentido estricto) para las infracciones, dado que en las sanciones la norma no tipifica propiamente sino que se limita a <<atribuir>> una consecuencia determinada”. In *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 303. (...) No basta tampoco, por otra parte, con que la ley aluda simplemente a la infracción, ya que el tipo ha de ser suficiente, es decir, que hade contener una descripción de sus elementos esenciales, y si tal no sucede se produce una segunda modalidad de incumplimiento Del mandato de la tipificación: la insuficiencia.(*Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 303/304.)

¹²⁹ Este mesmo autor elaborou interessantíssima classificação de tipificações. Segundo NIETO, são quatro as variantes tipificadoras mais usuais no Direito Administrativo Sancionador: “**a) Tipificación Reduplicativa.** La norma sancionadora reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción y lleva aparejada una sanción. (...) esta técnicas a todas luces inútil – y hasta aberrante en la práctica – puesto que con tan estricta interpretación sólo se consigue alargar desmesuradamente la extensión de las normas sin aumento alguno de la garantía jurídica, ya que los ciudadanos pueden conocer sus obligaciones (en la descripción realizada el pre-tipo) sin necesidad de que se reiteren el tipo y lo único que necesitan que se les precise son las consecuencias punitivas del incumplimiento; b) **Tipificación remisiva expresa.** Siendo en mi opinión absolutamente correcta, se emplea con frecuencia en el Derecho Administrativo Sancionador. (...) El tipo, en consecuencia, no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción; c) **Tipificación remisiva residual.** Ésta es la función que cumplen las remisiones indirectas al calificar residualmente como leves las

ANGEL BLASCO PELLICER chega a ser mais criterioso entendendo que o princípio da tipicidade será atendido desde de que a norma inclua todos os elementos de definição de seu tipo, incluindo o “dever ser” positivo ou negativo, a sanção decorrente de eventual descumprimento e as causas excludentes de responsabilidade, sob pena de não se fazer uma definição acabada da infração.¹³⁰

Tudo isso para proporcionar aos administrados um sentimento de segurança, precisão e previsibilidade da conduta que é vedada pelo ordenamento e quais as respectivas conseqüências em caso de eventual descumprimento. Visa-se dar aos administrados uma segurança jurídica, no sentido de não serem surpreendidos com imposição de qualquer comportamento, multa ou eventual restrição de direito, por fato que não acreditavam ou não sabiam estar proibido ou exigido por lei.

Como bem anotado por REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA: “Para que haja a aplicação da penalidade e para que se identifique a infração administrativa, impõe-se que esteja presente o ‘tipo’, ou seja, ‘o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa. (...) Ocorrendo o fato descrito na hipótese da norma, opera-se a subsunção daquela a esta, com o que se realiza a ‘tipicidade’.”¹³¹

infracciones que no tienen otro carácter (...); d) Tipificación implícita. La remisión de la norma tipificadora directa a la norma de mandato o prohibición puede ser expresa, pero también implícita. NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Pág. 312/314.

¹³⁰ PELLICER, Ángel Blasco. *Sanciones Administrativas En El Orden Social.*, pág. 29.

¹³¹ Pág 7.

No entanto, é certo que nem sempre a legislação acompanha ou mesmo tem a capacidade de prever as inúmeras possibilidades de comportamento que a criatividade humana é capaz de desenvolver. Muitas vezes, determinada conduta carecerá de precisão terminológica na lei, por tratar-se de comportamento inédito não previsto ou imaginado pelos legisladores, ou mesmo decorrente da insuficiência ou desatualização da linguagem como instrumento da precisão legislativa.¹³²

Como também já mencionamos no tópico acima, há questões envolvendo a existência de normas regulamentares setoriais complementares às normas legais que definirão, por exemplo, quando um produto pode ou não ser considerado nocivo ou perigoso à saúde dos consumidores e, portanto, estarem sendo comercializados irregularmente. Tal situação está perfeitamente de acordo com os princípios da legalidade e tipicidade, posicionamento este inclusive já pacificado por nossos Tribunais.¹³³

¹³² Temos, por exemplo, a situação conhecida como “maquiagem de produtos”, onde se mantiveram as mesmas características das embalagens, diminuindo-se a quantidade do produto, ou mesmo disponibilizando um único canal de contato com o consumidor por meio de serviço tarifado como 0300.

¹³³ TRF 3ª Região - APELAÇÃO CÍVEL - 414158 / Processo: 98.03.028137-2; UF: SP; Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da Decisão: 03/03/2004; Relator JUIZ CARLOS MUTA.

Decisão. A Turma, por unanimidade, não conheceu da remessa oficial e deu provimento à apelação, nos termos do voto do Relator. Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA POR INFRAÇÃO ÀS NORMAS METROLÓGICAS. APLICAÇÃO. LEGALIDADE. LEI Nº 5.966/73. CONSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO INABALADA.

1. Não se conhece da remessa oficial, quando o valor da dívida executada e embargada, como no caso, não excede a 60 salários-mínimos: aplicabilidade do § 2º, do artigo 475, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 10.352, de 26.12.01.

2. A Lei nº 5.966/73 fixa as diretrizes e os fundamentos básicos da política nacional de metrologia, normalização e qualidade industrial, atribuindo ao CONMETRO a competência para definir as regras técnicas de implementação do sistema, daí porque a ausência de violação ao princípio da LEGALIDADE, mesmo porque as normas baixadas, no que definem os padrões objetivos de proteção, especialmente do consumidor - categoria social para a qual a Constituição contemplou um especial regime de tutela -, não foram impugnadas na sua adequação técnica, sendo certo, finalmente, que, em face da infração apurada e imputada, cominou-se-lhe a devida sanção, tal como expressamente prevista pelo legislador (artigo 9º).

Estas situações terão sempre de serem vistas com lucidez e razoabilidade pelos aplicadores da norma para não correremos o risco de enfrentarmos situações esdrúxulas, como a parábola do cachorro e do lobo narrada por ALEJANDRO NIETO.

Essa estória contada pelo renomado professor espanhol é uma consideração irônica sobre uma velha controvérsia que aparecia insistentemente nos livros alemães de Teoria Geral do Direito, na primeira metade do Século XX. A situação narrada teria acontecido, ao que parece, em uma viagem de trem na Prússia Oriental onde um tenaz inspetor¹³⁴ de trem e um tímido camponês travaram uma fantástica batalha jurídica que trataremos de forma sucinta.

Diz o autor que em determinado momento estabeleceu-se uma rígida norma proibindo o transporte de cachorros no trem, inclusive impondo-se uma multa àquele que desrespeitasse esta regra. Sabedor desta nova determinação, o inspetor

3. Sendo reformada a sentença, no ponto apreciado, resta devolvido ao Tribunal o exame das demais alegações (questões e fundamentos), ex vi do artigo 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil.

4. Atuação por comercialização de alho embalado com erro médio no valor nominal de pesagem, acima do permitido: constatado, pela média, que houve redução de peso, em detrimento do consumidor, nas diversas amostras do lote selecionado, caracteriza-se a infração, ainda que algumas delas - o que sequer é o caso dos autos - estivessem com peso correto ou superior.

5. A variação de peso do produto, em função de sua natureza e característica, como alegado (perda natural de água no alho), não elide a infração, pois, sendo fato objetivamente previsível, a legislação impõe ao produtor o dever de inserir na respectiva embalagem a ressalva de "quantidade mínima": infração que restou objetivamente configurada em virtude da variação quantitativa, acima do máximo permitido, entre o contido e o declarado, em detrimento do consumidor.

6. Improcedência dos embargos, reforma integral da sentença, condenação da embargante em verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da causa.

7. Precedentes.

¹³⁴ Na narrativa, utiliza-se a termo espanhol "revisor", que teria uma tradução mais adequada como cobrador.

aplicou uma multa a um camponês que estava viajando em companhia de um cachorro. No entanto, ao ser intimado pelo inspetor, disse o camponês que o animal que o acompanhava não era um cachorro e sim uma cadela, de forma que se recusaria a pagar a malfadada penalidade, já que o transporte de cadelas não estava proibido pelo texto da lei, mas tão somente de cachorros. O Juiz, acostumado com a taxatividade dos preceitos penais que impedem o uso da analogia, deu razão ao viajante. De imediato a companhia de trens modificou a redação de seu regulamento de forma a proibir o transporte de “cachorros e cadelas”.

No entanto, na semana seguinte, aparece o mesmo camponês com um lobo para o acompanhar em sua viagem, tendo sido mais uma vez autuado pelo inspetor e recorrido em seguida ao juiz, que outra vez lhe deu ganho de causa por inexistir no regulamento da companhia de trens, vedação no transporte de lobos. Mais uma vez, os executivos da companhia modificaram a redação do regulamento proibindo o transporte de “caninos de ambos os sexos”.

Mas na mesma semana a cena se repetiu, aparecendo o camponês em companhia de um urso para sua viagem de trem, já que inexistia qualquer proibição neste sentido.

Neste momento os executivos e advogados da companhia ferroviária já estavam com os nervos à flor da pele sem saber ao certo como prevenir e evitar que situações parecidas ocorressem novamente, já que seria impossível incluir no

regulamento todas as espécies e raças das mais variadas escalas zoológicas. Por fim, alteraram de forma definitiva seu regulamento, fazendo constar a seguinte determinação: “fica proibido o transporte de animais que exponham os passageiros a perigo ou doenças, bem como aqueles que possam causar razoável temor”.

Tal norma não pôde impedir que, em seguida, aparecesse outra vez o camponês carregando em uma cesta um casal de furões – animais de aspecto doce, mas reconhecidamente mais perigosos que um cachorro ou lobo. O inspetor de imediato tentou expulsar o camponês e aplicar-lhe uma multa com fundamento na última alteração do regulamento da companhia. O camponês, em sua defesa, alegou que os animais estavam dormindo e da forma como estavam sendo transportados não poderiam assustar a ninguém.

Partindo para o ataque disse o camponês que vários passageiros carregavam piolhos, animais verdadeiramente perigosos, inclusive por contágio, e que verdadeiramente causam temor aos demais passageiros, e que o inspetor teria feito “vistas grossas” a esta situação, desrespeitando a proibição existente.

Apesar da caricaturesca parábola, esbarramos com situações muito próximas a esta no dia a dia das sanções administrativas, em especial àquelas com fundamento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Já tivemos a possibilidade de dizer no tópico anterior que existem situações onde a lei, expressamente, se refere à eventual norma infralegal para lhe dar executoriedade, trazendo definições técnicas ou mesmo especificando ou detalhando o conteúdo predisposto na lei, ficando, assim, atendidos os pré-requisitos da legalidade e tipicidade, a exemplo do que ficou consignado nos autos do Recurso de Apelação nº 200270000292423, julgado em 16/02/05 pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “... Não fere o princípio da legalidade o fato da lei atribuir a posterior normatização administrativa detalhes técnicos, que até por necessitarem de um conhecimento técnico-científico apurado, que evoluiu rapidamente e necessita de atualizações constantes, encontram nesta a melhor forma de serem regulamentados...”

Detalhemos, agora, a problemática envolvendo a questão das sanções administrativas com base em Cláusulas Gerais e Conceitos Legais Indeterminados.

3.1 – Tipicidade, Cláusulas Gerais e Conceitos Legais Indeterminados

Também já discorreremos brevemente, no tópico anterior, sobre a existência no Código de Defesa do Consumidor tanto Cláusulas Gerais quanto Conceitos Legais Indeterminados, elementos estes que têm por característica uma certa indefinição e

abstração no conteúdo da norma, sendo um instrumento de mobilidade do sistema jurídico, já que exige do aplicador da norma o preenchimento de seu conteúdo.¹³⁵

Os Conceitos Legais Indeterminados diferenciam-se das Cláusulas Gerais, já que nos primeiros, preenchido a vaguidade do conceito legal, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer, a partir daí, nenhuma função criadora ou integrativa. Já nas Cláusulas Gerais, o aplicador além de dar concretidade à Lei, norma primária, deve estabelecer as conseqüências da não obediência de seu comando, norma secundária.

É claro que esta certa abstração de conceitos leva os aplicadores e os sujeitos da determinada lei a uma zona de penumbra. Se o legislador, por exemplo, no momento da elaboração da Lei entendeu que a expressão “interesse social¹³⁶” foi

¹³⁵ Eros Roberto Grau sustenta, todavia, que a indeterminação não é dos conceitos, mas dos termos, razão pela qual sustenta ser mais exata a expressão “termos indeterminados de conceito” em vez de “conceitos jurídicos indeterminados”. Neste sentido afirma: “(...) não existem ‘conceitos indeterminados’. Se é indeterminado, o ‘conceito não é ‘conceito’. O mínimo que se exige de uma ‘suma de idéias’, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. (...) Assim, a reiteradamente referida ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos ‘termos’ que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de ‘uma significação determinada. É de uma apenas significação” in GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*, p. 315-316. Em sentido contrário o professor Celso Antônio Bandeira de Melo: “(...) a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem ‘no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam ‘com absoluta precisão’ algo que é, em si mesmo, um objeto montado cujos fins são imprecisos. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes “urgente”, “interesse público”, “pobreza”, “velhice”, “relevante”, “gravidade”, “calvície” e quaisquer outras do gênero. In. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 20-21.

¹³⁶ A exemplo do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor – “...norma de ordem pública e interesse social”.

capaz de traduzir o interesse a ser tutelado pela norma, talvez o moderno aplicador da norma dê à mesma expressão conteúdo diverso, sem que esteja incidindo em erro. O fato é que, diante da indeterminação, o conteúdo de palavras e expressões será dado e esclarecido pontualmente pela via jurisprudencial – administrativa e judicial - e não mais pela via legal.

O Responsável para dar esta concretude à Lei nas Sanções Administrativas é o agente, cuja lei ou eventual norma infralegal lhe confere tal competência que lhe exigirá, no caso concreto, a descrição dos fatos e a conseqüente tipificação do comportamento entendido como infrativo. Como bem observaram *Enterría y Fernández*, o “juiz administrativo” não pode ser entendido como um “quase-juiz” ou mesmo um juiz com menos poderes que os judiciais, mas um juiz como qualquer outro cuja missão constitucional é promover a efetiva tutela jurisdicional.¹³⁷

No entanto, vale frisar que a significação dada à cláusula geral ou conceito legal indeterminado pelo agente administrativo, quando na aplicação da sanção¹³⁸, só será válida e eficaz, se esta significação for reconhecida e compreendida por todos os destinatários. A edição de um mandamento incompreensível é, conseqüentemente, ineficaz.

Neste sentido, valemo-nos dos ensinamentos do professor EROS GRAU:

¹³⁷ ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo, tomo I. 12ª ed., pág 467.*

¹³⁸ Ou pelo juiz, quando da sentença judicial.

“(...) o objeto do conceito jurídico não existe "em si"; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe "para mim", de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo do jurídico, quando a este "para mim", por força da convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – "para nós". Apenas e tão-somente na medida em que o 'objeto' – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza.”¹³⁹

A aplicação das Cláusulas Gerais e/ou Conceitos Legais Indeterminados é atividade vinculada do Administrador responsável pela imposição da Sanção, não é medida discricionária, já que diante da situação concreta apenas haverá um único conteúdo correto, ainda que em outro momento possa se alterar a substância vendida com o mesmo rótulo – característica esta das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. Portanto, sempre estará sujeita à revisão pelo Poder Judiciário.¹⁴⁰ Vejamos alguns conceitos importantes:

¹³⁹ GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre os conceitos jurídicos*. Revista de Direito Público, n. 74, p. 218.

¹⁴⁰ Neste sentido, Enterría y Fernández: “Las consecuencias de esos contratos son capitales. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con el se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. A valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta Del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respecto de los demos límites generales que veremos), es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria). In ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de

O ato discricionário, de uma forma geral, define-se quando o Administrador tem à sua disposição inúmeras opções sugeridas pela norma para tomada de decisão, indiferentemente legais, optando por uma delas, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência administrativa. Já os atos vinculados são praticados quando o administrador estiver diante de conceitos unissignificativos¹⁴¹ ou determinados como designam Enterría y Fernandes.

Portanto, o preenchimento das cláusulas gerais ou conceitos legais indeterminados só possui uma única possibilidade ou solução justa no caso concreto. O administrador, quando do preenchimento do conteúdo da norma, não

Direito Administrativo. Curso de Direito Administrativo, tomo II. 12^a ed. Madrid: Civitas, 2004, pág. 467. Almiro do Couto e Silva também entende os Conceitos Legais Indeterminados como atos vinculados sujeitos à revisão judicial: “A polêmica a propósito desse tema atravessa toda República de Weimar e é retomada, com novo rigor, após a edição da Lei Fundamental, na Alemanha Federal. A orientação hoje dominante no direito germânico é a de que os conceitos jurídicos indeterminados estão insertos no suporte fático legal (Tatbestand) e os problemas com eles relacionados resumem-se todos – ou pelo menos predominantemente – à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se passa com o poder discricionário, que se constitui num poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (Rechtsfolge). Sendo assim, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato pois logicamente só existirá uma única aplicação certa”. In COUTO E SILVA, Almiro. *Poder Discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 179/180, p. 58. Também neste sentido a professora Maria Sylvania Zanella DI Pietro: “(...) Assim, cabe ao Judiciário fiscalizar a correta aplicação, pela Administração, dos conceitos jurídicos vagos. É precisamente quando a lei emprega conceitos dessa ordem como interesse público, segurança, tranqüilidade, perigo, necessidade pública, que a atuação do juiz é mais importante para proteger os direitos individuais contra os abusos da Administração. Assim, fica sujeita à apreciação da jurisdição administrativa toda decisão administrativa que implique aplicação de lei concernente a direitos dos particulares. Ao contrário, quando não esteja em jogo qualquer direito individual, falece competência aos tribunais para apreciar o ato da administração, porque, neste caso, estariam penetrando no domínio de seu poder discricionário. Este só existe quando não esteja em discussão qualquer direito individual, nessa faixa, a atuação da Administração é inteiramente livre de apreciação judicial.” In *Discricionabilidade Administrativa na Constituição Federal de 1988* pág 101.

¹⁴¹ VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pág. 198.

terá à sua disposição diversas possibilidades legais de aplicação de uma mesma norma, mas apenas um único conceito ao qual dará concretude à norma.¹⁴²

Embora tenha manifestado expressamente sua concordância com esta tese, o professor EROS GRAU chega a fazer a seguinte distinção: *“No exercício da discricionariedade, o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que – e não porque o número de “soluções justas” varia de um outra hipótese – são distintas as duas técnicas.*¹⁴³

¹⁴² Neste sentido, Enterría y Fernandez: “... Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector de ordenamiento, es que su aplicación solo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva de Derecho.” In ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Curso de Direito Administrativo, tomo II. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004, pág. 466 Ainda Garcia de Enterría: *“Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en la circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos Del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da. O el precio que se señala es justo o no lo es etc. Tertium non datur. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación Del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar Del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio”* in ENTERRÍA, Garcia de. *La lucha contra las inmunidades del poder. 3ed. Madrid: Ed. Civitas, 1995, pág. 35.* Também neste sentido a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“Dentro dessa doutrina, o emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de discricionariedade à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. As autoridades incumbidas de aplicar a lei não têm liberdade de escolher, segundo seus próprios critérios, a solução que lhes pareça mais conveniente; elas têm que observar os limites legais e obedecer ao fim específico de interesse público expresso na lei, seguindo as regras da mais racional administração”.* In *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988 págs 101-102.*

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade, pág 318.*

Podemos nesta situação exemplificar com algumas das cláusulas gerais existentes no Código de Defesa do Consumidor o disposto nos artigos 39, V e artigo 51, IV e XV. Quais, efetivamente são as condutas que estão proibidas de serem realizadas pelos fornecedores e quais as cláusulas efetivamente estão proibidas de serem colocadas nos contratos de adesão pelos fornecedores?

De um inabarcável rol de práticas abusivas, podemos pinçar um exemplo para explicar a difícil situação em que se encontram julgadores e fornecedores diante de situações não previstas em Lei, momento este em que a Autoridade Sancionadora geralmente faz uso de uma das cláusulas gerais existente no Código de Defesa do Consumidor.

Recentemente, foi bastante discutida a chamada “maquiagem de produtos”, para identificar a decisão do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC considerando reduções na quantidade de produtos nas embalagens, quando há alteração sem que haja aviso ao consumidor. Segundo o DPDC, se uma empresa reduz a quantidade de produto na embalagem sem mudar o valor cobrado e sem informar de maneira clara ao consumidor, está tentando maquiagem um aumento de preços.

Inúmeras empresas foram autuadas. A Itamaraty e a Hewlett-Packard, por exemplo, foram multadas em R\$ 354,7 mil cada uma. A Garoto e Procter & Gamble receberam multas no valor de R\$ 472,9 mil cada uma. No processo contra a Nestlé,

a multa aplicada foi de R\$ 591,1 mil por reduções que teriam acontecido nos biscoitos Tostitas e Carícia. A Karambi foi multada em R\$ 59,1 mil. No caso da Danone a multa foi de R\$ 106,4 mil e no da Quaker, de R\$ 300 mil.

Inexistindo à época dos fatos qualquer norma que proibisse a indigitada conduta ou mesmo impusesse um específico dever de informar¹⁴⁴, poderiam referidas empresas ter sofrido tal condenação administrativa? De que forma e com qual profissional deve um fornecedor se orientar para que suas condutas, aparentemente legais, não venham a ser castigadas com sanções administrativas como a relatada. Tal sanção teria ou não violado o princípio da tipicidade e, portanto, quinada de nulidade?

Para tal resposta é preciso que retomemos as questões iniciais abordadas neste trabalho e até mesmo a caricaturesca parábola do cachorro e do lobo. Portanto, para concluirmos pelo acerto das sanções administrativas com base nas cláusulas gerais, temos que nos afastar da rigidez imposta ao princípio da Tipificação pelo Direito Penal.

Devemos partir da idéia que a tipicidade na infração administrativa não se constrói com a mesma rigidez como ocorre nas sanções penais.

¹⁴⁴ Ver **Portaria MJ nº 81**, de 23 de janeiro de 2002, que estabelece regra para a informação aos consumidores sobre mudança de quantidade de produto comercializado na embalagem.

Se encararmos o Direito Administrativo Sancionador com os mesmos critérios de mobilidade impostos ao Direito Penal, teremos que considerar nulas as sanções administrativas impostas com base em referidas cláusulas gerais ou conceitos legais indeterminados.¹⁴⁵ No entanto, se pretendemos ver no Brasil o desenvolvimento de um Direito Administrativo Sancionador aplicando às cegas princípios norteadores do Direito Penal, veremos um Direito *natimorto*, pois dificilmente irá vingar no ambiente muitas vezes hermético no qual vivem as sanções penais.

A idéia de tipificação no Direito Administrativo Sancionador admite certa maleabilidade imposta pelas Cláusulas Gerais e Conceitos Legais Indeterminados, de forma a permitir que o executor da medida inflitiva possa, no caso concreto, preencher a vagueza da norma, identificando ou não o desrespeito aos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor e, então, impor a sanção administrativa correspondente.

Pensar ao contrário, dando total rigidez à identificação das práticas e cláusulas abusivas, dentre outras situações existentes no Código de Defesa do Consumidor, é fechar as portas a uma importante via de acesso do consumidor à justiça.¹⁴⁶

¹⁴⁵ *Con todo, ya se ha dicho que la indiscutida aplicación de los principios informadores Del Derecho Penal al ámbito Del Derecho Sancionador Administrativo no significa que operen con la misma intensidad en uno y otro campo. In PELLICER, Ángel Blasco. Sanciones Administrativas En El Orden Social.*

¹⁴⁶ Neste sentido, vejamos trecho de Sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol publicada em 17/03/1994, tendo como relator o Juiz Julio Diego González Campos - **Número registro:** 358/1989 y 570. “...B - Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, como recientemente se ha declarado por este Tribunal en la STC

Acreditamos, portanto, que a tipicidade na aplicação das sanções administrativas pode, muitas vezes, estar dotada de uma previsibilidade mínima, que deverá ser suprida pela análise particular em um caso concreto.

Segundo LOREZENZO, *“el legislador en lo administrativo, a menudo solo se limita a expresar la previsión de una conducta debida o prohibida, que resulte más o menos descripta, pero las normas administrativas carecen, a veces, de la precisión terminológica, la que debe ser suplida por la inteligencia misma del particular, de la Administración y, eventualmente por el juzgador.”*¹⁴⁷

PERES Y SANCHES também partilham o mesmo entendimento, apenas apontando para necessidade de se determinar em que medida a tipicidade no Direito Administrativo é mais ampla que no Direito Penal, e até onde pode chegar a

111/1993, fundamento jurídico 6., que esta exigencia de determinación estricta y precisa de la conducta constitutiva de delito no supone que sólo sea constitucionalmente admisible «la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos» (SSTC 127/1990 y 118/1992). El principio de legalidad no queda infringido cuando la definición del tipo «incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación», si los mismos responden a bienes jurídicamente protegidos y la concreción de estos es dinámica y evolutiva (STC 62/1982), y también es conciliable con el art. 25.1 C.E. la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales abiertas (STC 122/1987); esto es, aquellas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en la Ley penal, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, incluso de carácter reglamentario, si bien el reenvío normativo a normas no penales sólo procederá si se dan determinados requisitos: «Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o, como señala la STC 122/1987, se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» [SSTC 127/1990, fundamento jurídico 3. B); 118/1992, fundamento jurídico 3.; y 111/1993, fundamento jurídico 6.].

¹⁴⁷ LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideo: Julio César Faira Editor, 1996, p. 72.

inclusão de cláusulas gerais, ainda que sempre se exija um mínimo de previsibilidade/tipicidade.¹⁴⁸

PELLICER chega a estabelecer dois requisitos que, se preenchidos conjuntamente, permitem que determinados conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, fundamentem ilícitos e correspondentes sanções administrativas. Segundo o Autor, professor catedrático da Universidade de Valencia, os requisitos seriam: 1 – Norma cuja concreção seja razoavelmente factível em virtude de critérios lógicos, técnicos ou de experiência (“...su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”) e 2 – Norma cuja redação permita prever, com suficiente segurança, a natureza e características essenciais das condutas constitutivas da infração tipificada. (“... su redacción permita prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y característica esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.”).¹⁴⁹

Isso não significa, todavia, que estamos a admitir a possibilidade de sanções administrativas com base em preceitos genéricos impossíveis de serem analisados

¹⁴⁸ Referidos autores, respectivamente ex-Juiz do Supremo Tribunal Espanhol e Juiz de Primeira Instância, salientam que a tipicidade administrativa tem as seguintes variantes *in Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 143:

- A) A tipicidade fechada própria do Direito Penal;
- B) A tipicidade aberta do Direito Penal, sem que se chegue às leis em branco;
- C) Tipicidade descrita em normas com algum grau de indeterminação, que pode apresentar, inclusive, as seguintes características:
 - a) Sistema de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados
 - b) Lista de atos sancionados;
 - c) Cláusula geral residual
 - d) Definição como infração de condutas puramente deontológicas ou éticas como, por exemplo, falta de probidade.

¹⁴⁹ PELLICER, Ángel Blasco. Sanciones Administrativas En El Orden Social, pág. 30.

dentro de um sistema normativo ou principiológico pois, como afirmamos, toda e qualquer sanção deve estar prévia e especificadamente prevista em Lei. Significa, outrossim, reconhecer que em muitas situações o legislador se vê de mãos atadas pelo próprio momento histórico em que se pôs uma norma vigente e daí a admitir-se um mínimo de previsibilidade legal.¹⁵⁰

No entanto, como adverte MEDINA OSÓRIO “a cláusula geral não pode traduzir arbítrio a quem quer que seja. Lembre-se que a recente história nacional revela que o Ato Institucional número I em seu art. 10 consagrava a possibilidade da suspensão dos direitos políticos ‘no interesse da paz e da honra nacional’, seguindo-se a regra da demissão dos servidores públicos o que, por certo, ensejou abusos de todo tipo e espécie, que merecem, no mínimo, o repúdio do julgamento histórico da consciência cidadã.”¹⁵¹

¹⁵⁰ Acórdão: Origem: TRF - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 334692.
Processo: 96.03.066773-0 / UF: Órgão Julgador: QUARTA TURMA; Data da Decisão: 28/06/1999.
Relator JUIZA THEREZINHA CAZERTA.

Decisão A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do (a) Relator (a).

Ementa TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA DECORRENTE DE INFRAÇÃO AO ARTIGO 11, ALÍNEA J, DA LEI DELEGADA Nº4/62. RELAÇÃO IMPRECISAMENTE DEFINIDA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA ABALADA. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1 - É RELATIVA A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO.

2 - CONDUTA DA EMBARGANTE QUE NÃO IMPORTA EM DIFICULTAR OU IMPEDIR A OBSERVÂNCIA DE RESOLUÇÕES DA SUNAB, MAS SIM, APENAS EM TESE, PODERIA SIGNIFICAR DESCUMPRIMENTO DE NORMA DE COMERCIALIZAÇÃO.

3 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DA TRIBUTAÇÃO, SE A DESCRIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO NÃO CORRESPONDE À CAPITULAÇÃO LEGAL.

4 - INSUBSISTÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL.

5 - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS. SENTENÇA CONFIRMADA.

¹⁵¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. Pág. 217.

Obviamente que nosso entendimento está sujeito a críticas e constante reanálise, pois inúmeros problemas existiram e virão com essa permissiva maleabilidade, problemas estes que deverão ser solucionados no caso concreto, seja pelo judiciário ou mesmo administrativamente¹⁵².

4 – O Princípio da Culpabilidade

Ao contrário do que é corrente, não vamos deixar para o fim a conclusão deste tópico, adiantando agora que nosso entendimento é pelo descabimento da verificação e constatação da culpa do agente para aplicação de Sanções Administrativas com base no Código de Defesa do Consumidor, exceção a ser feita para os profissionais liberais.¹⁵³

¹⁵² A exemplo disto tivemos o posicionamento do Procon/SP que por meio da sua portaria normativa nº 1, de **01.12.97- republicada no D.O.E. de 1º/07/2000** entendeu que mediante qualquer outro meio mecânico ou eletrônico, localizado dentro da área de venda próxima aos produtos, que possibilitem aos consumidores consultarem os preços independentemente de solicitação, dentre outras formas, atendia aos requisitos do Art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, posicionamento este rechaçado por inúmeros Procons e por decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

¹⁵³ Devemos a SARAMAGO o impulso de adiantar, neste tópico, a conclusão usualmente deixada ao final de cada item. Ilustre autor Português assim começou texto *De la justice à la démocratie en passant par les cloches*: “Começarei por vos contar em brevíssimas palavras um facto notável da vida camponesa ocorrido numa aldeia dos arredores de Florença há mais de quatrocentos anos. Permito-me pedir toda a vossa atenção para este importante acontecimento histórico porque, ao contrário do que é corrente, a lição moral extraível do episódio não terá de esperar o fim do relato, saltar-vos-á ao rosto não tarda”. Este artigo foi extraído de uma publicação de responsabilidade de Publisher Brasil Ltda., disponível no site http://www.gentevidaeconsumo.org.br/outras_palavras/de_la_justice.htm.

A partir de agora estamos somente a justificar o posicionamento já adotado, talvez despertando a curiosidade dos que têm posição contrária ao nosso entendimento e, certamente, poupando a leitura daqueles que sabidamente compartilham com nossa idéia.

Àqueles, todavia, que independente de seu “pré-conceito” (não digo preconceito), nos der a honra de ler este tópico até o final, adiantamos que vacilamos somente quando tratávamos da sanção administrativa em face do profissional liberal. Não alheios a críticas e até a eventual nova hesitação seguir-se-ão nossas conclusões.

Vimos falando desde o início que foi do Direito Penal que se extraiu a maior parte dos princípios que balizam o que chamamos de Direito Administrativo Sancionador. Vimos, todavia, que tais princípios merecem ponderações e graduações quando voltados ao direito administrativo sancionador, a exemplo do que dissemos acerca da tipicidade e aplicação das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. A mesma ponderação se deve à idéia da culpabilidade.

Traçando uma linha do tempo da evolução jurisprudencial e de certo desconcerto por parte do Poder Legislativo Espanhol, ALEJANDRO NIETO, na última edição de sua obra, faz o seguinte apanhado sobre o tema: *“El punto de partida de esta evolución se encuentra en el rechazo absoluto de la culpabilidad, por se ésta incompatible com la responsabilidad objetiva que preside*

originariamente el campo de las infracciones administrativas. En una segunda fase se abandona la dura responsabilidad objetiva y se introduce un elemento subjetivo, que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la mera voluntariedad: el autor ha de querer el resultado. Lo que significa que se elimina y ala responsabilidad en los supuestos de fuerza mayor; caso fortuito y <<vis compulsiva>> y se abren las puertas a la aceptación Del error y la ignorancia. Con lo cual se llega a la tercera fase en que hoy nos encontramos y que supone la exigencia de la culpabilidad: no basta querer el resultado (que era lo que se llamaba voluntariedad psicológica) sino que es necesario querer el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad).¹⁵⁴

Acompanhando esta última fase, encontramos na quase totalidade dos autores que se debruçaram sobre este tema, a afirmação de que a prova de culpa é pressuposto essencial para imposição de qualquer sanção administrativa.¹⁵⁵

Para MUNHOZ MELLO, por exemplo, “a aplicação de sanção administrativa a sujeito que não agiu com dolo ou culpa stricto sensu, não atinge a finalidade que justifica o exercício da competência punitiva: prevenir a ocorrência de novas infrações administrativas. (...) Ser culpado significa contribuir para a

¹⁵⁴ NIETO, Alessandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2005, pág. 386.

¹⁵⁵ Celso Antônio Bandeira de Melo, após referenciar a posição da maioria da doutrina, na qual se incluíam as opiniões de Fábio Fanucchi, Alberto Xavier, Hector Villegas e Geraldo Ataliba, afirmou que o artigo 135 do Código Tributário Nacional, apesar de utilizar-se da expressão “independe da intenção do agente ou responsável”, não dispensava a culpabilidade como elementar do ilícito tributário. Apenas excluía a necessidade da presença de dolo, consagrando, todavia, a indispensabilidade da culpa. *In Infração Fiscal: dever acessório; declaração de número de cadastro; objetividade das infrações fiscais*. BALEIRO, Aliomar [et alii]. *Textos de Direito Tributário*. São Paulo: RT/Resenha Tributária, 1983 pp. 63-65.

*ocorrência da infração administrativa em situações em que era exigível comportamento diverso”.*¹⁵⁶

GARCIA VITTA chega a ser enfático ao afirmar sobre o tema que, no Brasil, “*no regime jurídico-constitucional desse porte, no qual se acentuam a República, a Democracia e o Estado de Direito, não podemos conceber haja infrações administrativas, diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise de culpa ou do dolo do infrator*”.¹⁵⁷

No Direito espanhol, ENTERRÍA e RAMON justificam o abandono da idéia de responsabilidade objetiva, por conta da aplicação geral do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador.¹⁵⁸

Como sabemos dolo é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. O conhecimento (elemento intelectual) e a vontade (elemento volitivo) são os dois elementos do dolo. O conhecimento tem de abranger todos os elementos constitutivos do tipo. Não é preciso que o agente tenha

¹⁵⁶ MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 177.

¹⁵⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada em 2002 à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 37.

¹⁵⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 1998. Vol. II p. 173.

consciência dos fatos não mencionados no tipo penal. A consciência só precisa ir até as circunstâncias previstas no tipo penal.

Para SILVIO RODRIGUES, o dolo se caracteriza pela ação ou omissão do agente que, antevendo o dano que sua atitude vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito mesmo de alcançar o resultado danoso. Já no ato culposos o intuito de causar prejuízo não existe. Mas o prejuízo da vítima decorre de um comportamento negligente ou imprudente da pessoa que o causou.^{159 160}

Desta forma, como vimos é forte a corrente que defende a culpabilidade como pressuposto para eventual imposição de sanção administrativa, chegando-se a afirmar que *a incidência do princípio da culpabilidade afasta do direito administrativo sancionador a responsabilidade objetiva*¹⁶¹. Neste sentido Alejandro Nieto: *“el primer corolario de la exigencia de la culpabilidad es la exclusión de la responsabilidad objetiva”*¹⁶²,

¹⁵⁹ RODRIGUES, Silvio, Direito Civil. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol IV pág. 160.

¹⁶⁰ Sobre este ponto, Caio Mário da Silva Pereira adverte: "Filosoficamente, a abolição total do conceito de culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação boa ou má da conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei quanto para aquele outro que age ao seu arrepiio." ("Instituições de Direito Civil", vol. III, Ed. Forense, 3ª edição, 1994, p. 396.)

¹⁶¹ MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 181.

¹⁶² NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993, pág 345.

FÁBIO OSÓRIO MEDINA também pontua: “pode-se afirmar, com efeito, que a culpabilidade, em um primeiro momento, aparece como princípio constitucional contrário à responsabilidade objetiva”.¹⁶³

A lei italiana nº 689/1981, por exemplo, dispõe sobre a obrigatoriedade da existência de culpa para imposição de sanções administrativas, vejamos: “nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa, ciascuno è responsabile della própria azione o omissione, consciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa (art. 3º)”. Alejandro Nieto, lembra que na Alemanha, de modo semelhante, a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, editada em 1987, dispõe que “somente pode ser castigado como infração administrativa um fato doloso, a menos que uma lei expressamente preveja uma multa para um fato culposo” (art. 10).¹⁶⁴

Encontramos, todavia, alguns autores cujo entendimento é no sentido de autorizar a imposição de sanções administrativas, mesmo sem o pré-requisito da existência de culpa ou dolo. Ainda assim nenhum deles fala expressamente em responsabilidade objetiva nas sanções administrativas. Apesar de não exigirem dolo ou culpa, passam a exigir pelo menos o *animus* do agente para causar eventual dano. Segundo o histórico apresentado por Alejandro Nieto, estariam estes autores em um segundo estágio de evolução do Direito Administrativo Sancionador, onde a culpabilidade não mais seria necessária, mas sim bastaria a voluntariedade da ação.

¹⁶³ OSÓRIO MEDINA, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 321.

¹⁶⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993, pág. 345.

Tanto é assim que o professor BANDEIRA DE MELLO chega a afirmar que “é de mediana evidência que descaberia qualificar alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, in concreto, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas. Note-se que aqui não se está a falar de culpa ou dolo, mas de coisa diversa: meramente o animus de praticar dada conduta.”¹⁶⁵

Anote-se, ainda, posicionamento similar de LORENZO, segundo o qual “Adicionando a nuestra ya expresada posición los conceptos de este ítem, resulta válido sostener que toda vez que no exista culpa, base de la responsabilidad infraccional, o este efectuada o viciada la plausibilidad Del actuar voluntario Del agente, no habrá infracción administrativa y por lo tanto no será lícito aplicar una sanción.”¹⁶⁶¹⁶⁷

Para REGIS DE OLIVEIRA, “exclui-se como requisito necessário a culpabilidade para integração do tipo punível de caráter administrativo. (...). Basta

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 751.

¹⁶⁶ LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Montevideo: Julio César Faira Editor, 1996, p. 84.

¹⁶⁷ Vejamos, neste sentido, trecho de sentença do Tribunal Constitucional Espanhol de 20 de junho de 1983 de nº 3611, proferida pelo Juiz Gutiérrez de Juanna: “La imposibilidad de confundir intencionalidad Del resultado con voluntariedad de la acción como elemento esencial y básico de toda conducta consciente de independencia de la finalidad antijurídica perseguida por el sujeto agente por dolo directo o eventual o trasgresión la previsibilidad característica de la conducta culposa, es decir, por producirse acción consciente y su resultado lesivo de la obediencia debida del mandato gubernativo [...]; la voluntariedad como presupuesto psicológico de la acción consciente, se agota en ella y no trasciende al querer o deber jurídico de prever el resultado, afectando a la imputabilidad y no a la culpabilidad en referencia, y así incide constitutivamente sobre toda conducta sujeta de modo típico a orden sancionador, incluido el de índole administrativa.

para tipificação de certas infrações a voluntariedade (entendida aqui não como mero ânimo –e, pois, etapa pré-jurídica do comportamento – mas o impulso anímico gerador de efeitos jurídicos); basta o comportamento desconforme ao comportamento exigido”¹⁶⁸

Ainda assim, nos alerta Munhoz¹⁶⁹, que a mera indicação da voluntariedade, por suas características, diz muito pouco sobre a conduta humana, já que com a voluntariedade um sujeito pode: i) praticar um ilícito administrativo porque assim desejou (dolo); ii) praticá-lo não por tê-lo desejado mas sim por não ter tomado as precauções exigidas pela situação (culpa); iii) praticar uma infração sem desejá-la e a despeito de ter agido com diligência necessária para evitá-la (apenas voluntariedade). São três elementos muito distintos, que bem por isso não podem receber do ordenamento jurídico o mesmo tratamento.¹⁷⁰

No Brasil, todavia, encontramos no ordenamento jurídico normas que ora exigem a comprovação de culpa para possibilitar a aplicação de sanções

¹⁶⁸ OLIVEIRA, REGIS. Sanções Administrativas, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Melo, São Paulo, 1984, **pág 128**.

¹⁶⁹ MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutora Celso Antônio Bandeira de Mello, **pág. 186**.

¹⁷⁰ Acerca do conceito de voluntariedade, explica MARCELO CAETANO “Quando o acontecimento consiste na conduta de certa pessoa, quer se trate de uma ação quer de uma abstenção dependente da sua vontade, temos um facto voluntário. (...) Há facto voluntário sempre que as ações ou abstenções dependam da livre vontade da pessoa. Isto é: basta que o sujeito tivesse querido conduzir-se como se conduziu ou pudesse evitar o que se passou, para se estar em presença de um facto voluntário. (Manual de direito administrativo. 10^a ed, ver. e atual. Por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1997. Vol. I. p. 419/422.)

administrativas ora, expressamente, descrevem que as sanções poderão ser aplicadas independentemente da existência de culpa, ou ainda normas que simplesmente silenciam acerca do pressuposto do dolo ou culpa.

A Lei nº 8.884/94, por exemplo, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, descreve em seu artigo 20 *“que as infrações à ordem econômica independem da existência de culpa”*.

O Código Tributário Nacional, também aponta em seu artigo 136 que *“a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente”*.

A Lei Federal nº 9.605/98, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dispõe em seu artigo 70 que *“Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”*, silenciando quanto à necessidade de dolo ou culpa. Já o artigo 72 da mesma lei dispõe em seu parágrafo terceiro que *a “multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo”*.

Assim também é o Código de Defesa do Consumidor que nada menciona no título que trata das Sanções Administrativas, apenas trazendo em seu artigo 56 o seguinte conteúdo: “*Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.*”

4.1 – A Necessidade de Culpa nas Sanções Administrativas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Como afirmamos, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) silencia acerca da exigência ou não de dolo, culpa ou voluntariedade no comportamento do infrator para viabilizar a imposição de sanções administrativas.

171

Desta forma, se adotarmos o posicionamento de Rafael Munhoz de Mello¹⁷², Heraldo Garcia Vitta¹⁷³, Edílson Pereira Nobre Júnior¹⁷⁴, Alberto Xavier¹⁷⁵ ou

¹⁷¹ A Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), por exemplo, dispõe expressamente em seu artigo 20 que a aplicação de sanções administrativas impostas pelo CADE serão analisadas independentemente do fato de a conduta ter sido praticada intencionalmente pelo agente.

¹⁷² “Tratando-se de princípio constitucional como defendido no presente trabalho, o legislador infraconstitucional não pode afastar a culpabilidade do campo do direito administrativo sancionador...” (In MELLO, Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutora Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 183.)

mesmo Alejandro Nieto¹⁷⁶, teríamos de exigir a comprovação de dolo ou culpa para imposição de sanções administrativas. Até mesmo se preferíssemos o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Melo, Regis de Oliveira e LORENZO, acima transcritos, teríamos que ao menos demonstrar um *animus* ou voluntariedade do agente em praticar determinada conduta.

Como, então, definir o critério para aplicação de Sanção Administrativa ante o silêncio da Lei? Devemos, como tem sido corriqueiro, utilizarmos dos princípios do Direito Penal cuja doutrina, na sua quase unanimidade, repudia a idéia de responsabilidade penal objetiva?

¹⁷³ “No regime jurídico-constitucional desse porte, no qual se acentuam a República, a Democracia e o Estado de Direito, não podemos conceber haja infrações administrativas, diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator.” In VITTA, Heraldo Garcia. *Sanções Administrativas. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2002, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág 37.*)

¹⁷⁴ “Somos pela impossibilidade de responsabilidade objetiva nas infrações administrativas. Há necessidade de se demonstrar que a ação antijurídica adveio de culpabilidade. O que se faculta ao legislador e, mesmo assim, desde que seja expresse, é dispensar o dolo, contentando-se com a culpa em sentido estrito. A assertiva deflui do Bill de direitos individuais de nossa Constituição, a consagrar, demais das franquias que expressa, aquelas resultantes do regime e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil (art. 5º, § 2º, CF). Entre este está o da individualização da pena, que, entre os seis vários sentidos, desemboca, consoante LUIZ VICENTE CERNICCHIARO [Direito Penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp 131-134], na mensuração da pena ao caso concreto, onde são ponderados diversos fatores, de ordem objetiva e subjetiva. Destarte, atende-se aos princípios humanitários do interesse público e da culpabilidade, não podendo sofrer restrição do legislador.” (In *Sanções administrativas e princípios de direito penal*, in RDA, Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. 2000. p. 141.)

¹⁷⁵ Tratando do artigo 136 do Código Tributário Nacional escreveu: “A primeira conclusão é, portanto, de que o art. 136, ao invés de que certas posições preconizaram, não consagra a responsabilidade objetiva, mas se trata ainda de expressão da responsabilidade subjetiva, embora o legislador tenha declarado a irrelevância do dolo. A minha segunda observação vai no sentido de que me parece que, em qualquer caso, a responsabilidade penal objetiva seria inconstitucional, e isto por invocação do § 13º do art. 153, que estabelece o princípio da pessoalidade da pena e da individualização.” (In XAVIER, Alberto VI *Curso de especialização em direito tributário (notas taquigráficas das aulas e debates)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978, Vol. II apud Munhoz, pág. 184).

¹⁷⁶ “El primer corolario de la exigencia de la culpabilidad es la exclusión de la responsabilidad objetiva in NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993 pág. 345.

Um dos fundamentos no Direito Penal Brasileiro para justificar a idéia da responsabilidade penal subjetiva está expresso no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nada há, todavia que se diga acerca das sanções administrativas no âmbito constitucional cabendo, portanto, ao legislador infraconstitucional a definição das situações nas quais a responsabilidade para administração pública será verificada mediante a assunção ou não de dolo ou culpa.

Extraír da Constituição Federal de 1988 a idéia de que as Sanções Administrativas necessariamente devem ser configuradas com a verificação da culpa é dizer que a Constituição Federal garante o princípio da culpabilidade, não porque ela disse, mas porque outros disseram que ela disse, já que inexistente tal consideração no corpo do Texto Maior.

Portanto, inexistente no âmbito da responsabilidade Civil e Administrativa, ordem constitucional que exija a comprovação da culpa para responsabilização do agente que cometer um ilícito, tendo ficado ao encargo do Legislador definir tais questões o caso concreto. É ao Legislador que cabe definir, analisando o interesse tutelado e a característica da sanção, quais condutas devem exigir dolo ou culpa, para que se imponha a devida sanção administrativa.

Se existir previsão expressa exigindo culpa ou dolo para configuração do ilícito administrativo, tal ordem deve ser respeitada. Da mesma forma, inexistindo tal previsão, tais elementos, a nosso ver, não podem ser exigidos.

Silenciando a Lei sobre tal ponto, não podemos pressupor a exigência de dolo, culpa ou mesmo voluntariedade, pois em regra, os ilícitos administrativos devem ser concebidos objetivamente, já que a finalidade da sanção administrativa é, sobretudo, desestimular condutas reprováveis, de forma que não vemos que a lei tenha se importado com a total consciência e *animus* do agente na sua conduta para sancioná-lo administrativamente.”¹⁷⁷

Até mesmo CASSAGNE, frisa que o princípio da culpabilidade de inspiração jusnaturalista constitui um princípio de Direito Penal que se impõe em matéria de sanção administrativa devendo, todavia, admitir-se que leis especiais possam legitimar um sistema de responsabilidade objetiva para determinadas infrações, quando o direito tutelado, por suas peculiaridades, assim o exigir.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Neste sentido, DANIEL FERREIRA: “*Em regra, sem expressa previsão legal, os ilícitos administrativos só podem ser concebidos objetivamente. Partindo-se da premissa de que a finalidade da sanção é a de desestimular as condutas administrativamente reprováveis e não a de castigar o infrator, demonstrada até mesmo pela possibilidade de sua imposição a terceiros, não parece que – em regra – tenha a lei se importado com aquele e, ainda mais, com a sua própria vontade*”. In FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1999, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 64.

¹⁷⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 5 ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1996, v.2 p 577/579.

Basta imaginarmos a situação de um pai cujo filho tenha artificialmente subtraído as chaves de seu carro, vindo a cometer inúmeras infrações de trânsito. Por mais diligente que tenha sido este pai, certamente não anulará os inúmeros autos de infração que se sucederão em virtude da conduta de seu filho, muito embora o Código Brasileiro de Trânsito, nada disponha acerca da necessidade ou não de culpa para caracterização de uma infração.¹⁷⁹¹⁸⁰

Por isso estamos de pleno acordo com DANIEL FERREIRA ao afirmar que “ao menos em termos de ilícito administrativo, diferentemente do que ocorre com o Direito Penal, não há que se alegar culpabilidade e, como consequência disso, punibilidade. Ou há o ilícito (e nele pode estar o elemento subjetivo como necessário conditi sine qua non) – e dever se a sanção – ou não há: *tertium non datur*”.¹⁸¹

¹⁷⁹ Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - *Institui o Código de Trânsito Brasileiro* - Art 161. Constitui infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito deste Código, da legislação complementar ou das resoluções do CONTRAN, sendo o infrator sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX.< p> Parágrafo único. As infrações cometidas em relação às resoluções do CONTRAN terão suas penalidades e medidas administrativas definidas nas próprias resoluções.

¹⁸⁰ TJSP - MANDADO DE SEGURANÇA -- Ordem denegada em 1.º grau -- Recurso com fundamento jurídico novo -- Apreciação inadmissível -- Inaplicabilidade d princípio "jura novit curia" MANDADO DE SEGURANÇA -- Ato administrativo -- Apreensão de carteira nacional de habilitação, suspenso o direito de seu portador de dirigir veículo motorizado, com ordem de submissão a novos exames de habilitação -- Deliberação da autoridade de trânsito por ter o motorista se envolvido em acidente rodoviário grave -- Admissibilidade -- Sanção administrativa que independe de aferição da culpa e não está subordinada ao desfecho do processo criminal -- Ofensa a direito líquido e certo inexistente -- "Writ" denegado -- Aplicação do art. 77, § 2.º, da Lei nº 5.108/66, c/c os arts. 159, parágrafo único, do Dec. nº 84.513/80 e 199 XIV, do Dec. nº 62.127/68 (RCNT).

¹⁸¹ In FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1999, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutora Celso Antônio Bandeira de Mello, pág. 66.

Desta forma, apesar do silêncio existente no Código de Defesa do Consumidor a respeito da conduta que venha a ensejar a imposição de uma sanção administrativa, somos da clara opinião que o comportamento lesivo ao consumidor a ensejar a aplicação de uma Sanção Administrativa independe de dolo ou culpa ou mesmo voluntariedade bastando, para tanto, que reste demonstrado o comportamento em desacordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Tal fato, considerando que dentre o rol das sanções administrativas do artigo 56 encontramos apenas situações de restrição ao exercício de atividade e ao patrimônio econômico, certamente não contraria qualquer dispositivo ou preceito pétreo da Constituição Federal, até porque é dever do Estado promover a Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 5º, XXXII da CF/88.

Em questão envolvendo aplicação de capital estrangeiro e remessa de valores ao exterior, o Egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região ao julgar o Recurso de Apelação nº **200034000294593 em 27/04/2004**¹⁸² decidiu que a

¹⁸² ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN. PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CONTRATOS DE CÂMBIO. FRAUDE. SANÇÃO. MULTA. DEZESSEIS MILHÕES DE DÓLARES. LEI 4.131, DE 1962, ART. 23, § 2º.1. Inocorrência da prescrição administrativa. Vencido, nesse ponto, o relator.
2. Inocorrência da prescrição intercorrente, no processo administrativo em estudo. Inaplicabilidade da Lei nº 9.873, de 1999, a fatos anteriores à sua publicação e a da medida provisória que a originou.
3. Inexistência de cerceamento de defesa do processo administrativo.
4. A responsabilidade prevista no § 2º do art. 23 da Lei nº 4.131, de 03 de setembro de 1962, é objetiva.
5. O visto lançado pelo Banco Central nos contratos de câmbio não significa aprovação, não exonerando, assim, a responsabilidade da instituição financeira pela lisura das operações cambiais.
6. A acusação principal imputada à instituição financeira foi violação ao § 2º do art. 23 da Lei nº 4.131, de 1962, e não aos Comunicados do Departamento de Câmbio - Decam 71, de 1979, e 192, de 1980.
7. A Lei nº 4.131, de 1962, cuida especificamente de matéria cambial, disciplinando as regras de conduta e cominando sanções para o caso de sua inobservância. São as reservas cambiais do país que são protegidas.

responsabilidade prevista no § 2º do artigo 23 da Lei nº 4.131/62 é objetiva, muito embora tal dispositivo não faça qualquer menção a esse respeito.¹⁸³

Da mesma forma, agora tratando de mercadoria apreendida pela Receita Federal, o Egrégio Tribunal Federal da Primeira Região, também se manifestou favorável à responsabilidade objetiva das sanções administrativas tributárias. Segundo referido acórdão: *“O fato da responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável tributário, sendo de natureza objetiva, não impede que o direito do importador de ter sua mercadoria desembaraçada seja resguardado, toda vez que o mesmo demonstre, de forma clara, que obrou nos limites da legalidade exigida para a situação concreta”*¹⁸⁴

Esse o interesse juridicamente tutelado. A Lei nº 4.595, de 1964, cuida da normatização do funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, o estrutura e regula, no que diz respeito às instituições monetárias, bancárias e creditícias. Leis específicas podem tratar da questão, como é o caso da Lei nº 4.132, de 1962.

8. Não houve desproporcionalidade entre a aplicação da multa e a infração cometida. Dezoito foram as operações de câmbio maculadas com a ocorrência de falsa identidade e a multa foi aplicada no percentual mínimo previsto em lei.

9. O valor da multa deve ser calculado sobre a conversão do dólar em moeda nacional, de acordo com a cotação da moeda americana no dia em que foi aplicada, no processo administrativo, pela autoridade de primeiro grau.

10. Verba honorária sobre o valor da multa, em dólar. Vencido, nesse ponto, o relator.

¹⁸³ LEI Nº 4.131, DE 3 DE SETEMBRO DE 1962, Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. ART. 23 Art. 23. As operações cambiais no mercado de taxa livre serão efetuadas através de estabelecimentos autorizados a operar em câmbio, com a intervenção de corretor oficial quando previsto em lei ou regulamento, respondendo ambos pela identidade do cliente, assim como pela correta classificação das informações por este prestadas, segundo normas fixadas pela Superintendência da Moeda e do Crédito” (...) § 2º Constitui infração imputável ao estabelecimento bancário, ao corretor e ao cliente, punível com multa de 50 (cinquenta) a 300% (trezentos por cento) do valor da operação para cada um dos infratores, a declaração de falsa identidade no formulário que, em número de vias e segundo o modelo determinado pelo Banco Central do Brasil, será exigido em cada operação, assinado pelo cliente e visado pelo estabelecimento bancário e pelo corretor que nela intervierem. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 1995.)

¹⁸⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - SEGUNDA REGIÃO. Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO Processo: 200002010090080 UF: RJ.

Desta forma, não há que se exigir a comprovação de dolo, culpa ou voluntariedade no comportamento de determinado fornecedor como requisito à imposição de sanções administrativas em Defesa do Consumidor, sob pena de vetar, injustificadamente, importante via de acesso dos consumidores à justiça ou, quando muito, exigir um esforço desnecessário da interpretação do significado de voluntariedade.¹⁸⁵

Todavia, tal como existe no artigo 26, V do Decreto nº 2.181/97, que estabeleceu normas gerais sobre a aplicação das sanções administrativas com base no CDC, o dolo pode ser analisado exclusivamente como forma de mensuração do dano servindo, neste caso, como agravante a ser considerado pelo aplicador da sanção.

4.2 – A Situação dos Profissionais Liberais

¹⁸⁵ Valido trazer mais uma vez o posicionamento de ALEJANDRO NIETO segundo qual, *“Imágenes geométricas aparte, al final de este giro administrativo la situación es la siguiente: en el Derecho Administrativo Sancionador opera el principio de culpabilidad en todas sus variantes, pero también ha supuestos de infracciones formales (o por simple inobservancia) de responsabilidad objetiva. Cuando la ley es explícita al respecto, no ha dificultades, pues a su regulación habrá que atenerse. El problema aparece cuando las leyes sectoriales nada dicen. Para mí – de acuerdo con lo que se ha explicado en las páginas precedentes – valen los siguientes criterios que me atrevo a sugerir: 1º El dolo y la culpa grave solo son exigibles cuando así se establece en la norma; 2º La culpa, negligencia e imprudencia son la regla; 3º La simple inobservancia opera en los casos en los que la norma previene conductas de prevención de peligro abstracto e inequívocadamente cuando ha impuesta una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad peligrosa.*

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor preferiu isolar o tratamento da responsabilidade do Profissional Liberal em suas conclusões. No entanto, não há uma definição pronta, acabada e pacífica sobre quem pode ser considerado como um Profissional Liberal. Em geral entende-se por profissional liberal todo aquele que presta serviço com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho.¹⁸⁶

Já dissemos que a exigência ou não da verificação de culpa para impor uma sanção administrativa em face de algum infrator, depende sempre de prévia cominação legal, ou seja, é questão de preordenação legislativa, já que tal exigência não pode ser extraída da Constituição Federal vigente.

Perquirindo, a partir daí, o tipo de responsabilidade conferida ao profissional liberal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, constatamos que tal diploma dispõe no parágrafo 4º do seu artigo 14 que a responsabilidade pessoal do profissional liberal será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁸⁶ Para o professor Paulo Luiz Netto Lobo, “Entende-se por profissional liberal todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho. Nesse conceito estão abrangidas profissões: a) regulamentadas ou não por lei; b) que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; c) reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar. Na hipótese c) apenas estão incluídos os tipos sociais reconhecíveis. As profissões liberais são melhor identificadas quando regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado (ou fiscalizadas por entidades, com delegação estatal específica). A Constituição brasileira (art. 5º., XIII) prevê que é livre o exercício de qualquer profissão, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. (...) A expressão liberal surgiu para identificar a profissão livre, que se libertou das corporações de ofícios, no trânsito do Medieval para o Estado Moderno.

Na atualidade, o trabalho autônomo não é pressuposto da profissão liberal; o que a identifica é a independência técnica, mesmo quando o trabalho é assalariado. No caso do advogado, a lei brasileira (art. 18 da Lei nº. 8.906/94) assim dispõe: A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. Sobre a matéria, em obra específica (...) in http://www.brasilcon.org.br/exibir_artigos.asp?codigo=19.

Daí para frente muito se escreveu sobre a responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor. Alguns entendem que, sendo a regra da responsabilidade civil no CDC objetiva, as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Portanto, a determinação de que a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais esteja apenas na Seção II do Capítulo IV do Título I do CDC – que trata da Responsabilidade pelo Fato do Produto e Serviço, quando o dano ocorrer em virtude de vício do produto e serviço, a responsabilidade – será objetiva.

Como dissermos no início, vacilamos para tratar da responsabilidade do profissional liberal na imposição de sanções administrativas. Inicialmente, nossos estudos sobre a responsabilidade civil do profissional liberal nos motivaram a pensar que da mesma forma que outros agentes fornecedores, os profissionais liberais poderiam sofrer sanções administrativas, independentemente de terem agido com culpa para execução do serviço que causou dano ao consumidor, seja este dano decorrente de fato ou vício do serviço, fazendo um uso extensivo da norma extraída do artigo 14, § 4º do CDC.

Nossa idéia inicial era de que, inexistindo no capítulo que trata das Sanções Administrativas a exigência da constatação de culpa para aplicação da Sanção, não poderíamos estender indevidamente tal idéia de outro capítulo, muito embora da mesma Lei. Nesse sentido, ratificando a extremada importância das epígrafes das

normas, o saudoso Magistrado e Professor, Carlos Maximiliano, em sua obra ‘*Hermenêutica e Aplicação do Direito*’, bem anotou que:

“O que caracteriza o verdadeiro jurisconsulto, é exatamente a segurança com que descobre a norma apropriada para cada hipótese rara, enquanto os indultos aplicam a regra geral a simples exceções, ou fazem pior: generalizam preceitos destinados só a estas, forçam analogias, transplantam disposições para terreno que as repele, enquadram os casos de certa categoria em artigos de lei feitos para relações dessemelhantes na essência.”¹⁸⁷

No entanto, analisando o tema com mais vagar, verificamos que embora inexista predeterminação normativa Constitucional que exija a constatação de culpa para aplicação de Sanções Administrativas, o Código de Defesa do Consumidor expressamente dispôs sobre o assunto, exigindo a verificação de culpa, muito embora somente para os casos de fato do serviço.

Muito embora tomados por uma impressão inicial,¹⁸⁸ não podemos esquecer que a interpretação de todas as normas do Código de Defesa do Consumidor deve

¹⁸⁷ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Carlos Maximiliano, Forense, 1981, pág. 269.

¹⁸⁸ Este foi nosso pensamento inicial: “dizendo o artigo 56 do CDC somente que “*as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes condutas (...)*”, não interessa para imposição de sanção administrativa, afora eventualmente para critérios de mensuração da sanção a ser aplicada, verificar se a norma do Código de Defesa do Consumidor violada está localizada no Capítulo III, IV, V ou VI do Título I, ou se existe exigência de se provar culpa do agente para imposição de responsabilidade outra que não a administrativa.

ser feita de forma sistemática, dependendo do entendimento de cada artigo a interpretação que for dada ao dispositivo anterior.

A exceção tratada no § 4º do artigo 14 incide também sobre as sanções administrativas, obrigando o aplicador da sanção, no caso concreto, a demonstrar ou fazer demonstrar, via processo administrativo, que tendo o profissional liberal causado dano em virtude de um defeito na prestação do serviço, responderá desde que comprovada sua culpa, o que não será necessário se a responsabilidade for decorrente de vício do serviço.

Ou seja, tanto para a responsabilidade civil quanto administrativa há de se demonstrar a culpa do profissional liberal para sancioná-lo, exceção aos casos onde a responsabilidade for decorrente de mero vício do serviço, já que neste caso não há nenhuma exceção prevista na Seção III que trata da Responsabilidade pelo Vício do Produto e Serviço.

5 - O Princípio da Pessoalidade

Além dos preceitos acima, exige-se que a sanção administrativa seja imposta unicamente contra aquele(s) que, devendo agir de outro modo, pratica(m) conduta típica em desacordo com o ordenamento jurídico vigente.

Tal princípio está estampado no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal que assegura que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” não havendo, em tese, qualquer elemento que indique que tal dispositivo esteja limitado à esfera penal e mesmo se assim não fosse, já está claro a grande proximidade existente entre o direito penal e administrativo sancionatório.¹⁸⁹

Régis Fernandes de Oliveira, comentando tal situação sob a égide da Constituição de 1967/69 cujo artigo 153, § 13º tem redação muito próxima ao artigo 5º, XLV: “*as infrações administrativas punitivas aplicam-se apenas ao próprio infrator em obediência ao princípio mencionado*”.

Tal princípio veda a imposição ou transmissão de qualquer sanção administrativa a terceiros que não participaram da conduta típica, ou seja, é o corolário do princípio da pessoalidade da sanção administrativa.

A pessoalidade ou personalidade impõe-se pela finalidade de retribuição da pena, isso porque “se a pena é o mal da sanção oposto ao mal do crime, se é

¹⁸⁹ Segundo NELSON HUNGRIA, “*Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena, seja de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São espécies do mesmo genus. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, e.g. a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior gravidade, e não diversidade de fundo. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser penas, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, à semelhança das penas criminais*”, in HUNGRIA, Nelson., in *Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, seleção histórica, 1945-1995, p. 17.)

retribuição de um mal por outro, é evidente que deve recair sobre quem praticou aquele mal e somente sobre ele”.¹⁹⁰

O princípio da pessoalidade, todavia, não impede a existência, em alguns casos, da solidariedade ou mesmo a transmissibilidade da penalidade aplicada por meio das sanções administrativas.

A solidariedade, como sabemos, tem como traço marcante a unidade da prestação, de forma que havendo pluralidade de credores ou devedores, a prestação pode ser exigida totalmente por qualquer um dos credores contra qualquer um ou todos os devedores. Por tal característica, tal instituto não se presume, ou decorre de lei ou da vontade das partes¹⁹¹.

Para que haja possibilidade de solidariedade passiva, no caso das sanções administrativas, é preciso que a norma preveja e admita que na conduta proibida, muito embora praticada por uma única pessoa, seus efeitos ou conseqüências possam incidir contra mais de uma pessoa, de forma que todos serão responsáveis individualmente pela totalidade da dívida.

É o caso, por exemplo, dos artigos 17 e 23 da Lei nº 8.884/94, que trata das infrações à ordem econômica que assim dispõe: “*Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou*

¹⁹⁰ NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*, v. 1. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 222.

¹⁹¹ Art. 265 CC/2002 e artigo 896, *caput* CC/1916.

de direito, que praticarem infração da ordem econômica. Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas (...)”

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de não possuir no Capítulo VII do Título I que trata das sanções administrativas, dispositivo específico que diga acerca da solidariedade, possui tal determinação expressa nos artigos 7º, § único, 25, § 1º e 34.

Ocorre que dentre os tipos de sanções administrativas possíveis, apenas a pena de multa é que poderá ser cumprida por qualquer um daqueles que figurarem como autores do ato ilícito, não havendo que se confundir o instituto da solidariedade com a possibilidade de concurso de agentes na prática de ato ilícito administrativo.

Suponhamos, por exemplo, que em uma rede de supermercados com 10 (dez) lojas, uma tenha o costume de desligar durante a noite todas geladeiras contendo produtos perecíveis só para economizar energia elétrica. Caso venha a ser aplicada uma pena de interdição do estabelecimento, esta somente poderá incidir sobre a loja faltosa. Caso fossem duas ou mais, estaríamos falando em concurso de agente e nunca em solidariedade, que seria a possibilidade de a administração exigir de uma única loja a totalidade da Sanção Administrativa.

No que diz respeito à transmissão da sanção, esta também só pode ser aplicada nos casos das sanções pecuniárias.

Dentre as várias possibilidades, podemos afirmar que a mais corriqueira para transmissibilidade da sanção pecuniária está em atos de concentração de empresa. Imaginemos a situação de uma empresa “X” autuada por violar as normas do Código de Defesa do Consumidor, sendo obrigada a pagar multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Logo após autuada, vem a fundir-se com outra empresa “Y”, formando um novo agente econômico “Z”, deixando ambas de existir como entidades jurídicas distintas. Neste caso, a multa aplicada única e exclusivamente para a empresa “X” poderia ser executada da pessoa jurídica “Z”, obviamente por esta ter absorvido todo o passivo das empresas “X” e “Y”.

Desta forma, apenas em casos de sanções pecuniárias é que poderá haver solidariedade ou ocorrer a transmissibilidade da penalidade, no mais, as sanções administrativas terão caráter personalíssimo.

6 – Princípio da Finalidade - Interesse Público ou Social

Como vimos discutindo desde o início, um longo caminho tem de ser percorrido para que uma sanção administrativa seja aplicada, já que esta é a última razão da ação de agentes que atuam na proteção e defesa do consumidor.¹⁹²

¹⁹² Neste sentido Alejandro Nieto: *“El principio represivo fundamental (o sea, el de que objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la*

Se fôssemos elaborar os passos a serem seguidos por um agente de fiscalização do Procon, por exemplo, para que se chegasse a uma autuação, procederíamos da seguinte forma: 1 – Verificação da Conduta; 2 – Constatação da Ilegalidade da Conduta (legalidade/tipicidade); 3 – Identificação do Agente; 4 – Identificação de Interesse Público ou Social.

O primeiro passo, como vimos, é a identificação da antijuridicidade da conduta, contra se contrasta a conduta do ofensor com as disposições do ordenamento violado. Segue-se, então, para constatação da tipicidade, com a aceitação das cláusulas gerais onde o aplicador da sanção preencherá no caso concreto a vaguidade da norma. O passo seguinte à identificação da antijuridicidade e tipicidade é o reconhecimento do Agente e, finalmente, a verificação da presença de manifesto interesse social na aplicação da sanção administrativa, sem o qual o ato sancionador pode ser inquinado de nulidade.

Como já se começa a perceber, pretendemos através da identificação e análise do interesse público e social sinalizar quais os critérios e pressupostos essenciais para fundamentar qualquer sanção administrativa aplicada com base no Código de Defesa do Consumidor.

sanción es la <<última ratio>> del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones.” Derecho Administrativo Sancionador, 2005, pág. 35.

É uníssona a Doutrina e Jurisprudência publicista ao entender e exigir que todo e qualquer ato administrativo, inclusive um ato administrativo sancionador, tenha por finalidade e atenda ao interesse público. Não é diferente para as sanções administrativas a serem aplicadas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Apenas alertamos os nossos leitores que estamos utilizando interesse público como sinônimo de interesse social, este último expressamente mencionado no artigo 1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que afirma tratar-se a Lei nº 8.078/90 de norma de ordem pública e interesse social.

Como sabemos, a finalidade da sanção no campo civil é restabelecer o *status quo ante* com o pagamento do que é devido e/ou indenização pelo prejuízo causado; já no campo administrativo e até mesmo penal, o puro ressarcimento não é suficiente, sobretudo pela destinação e finalidade da sanção. No caso das sanções administrativas não se tutela o interesse individual ou coletivo *strictu sensu* mas, sim, público primário ou interesse social.

Neste sentido, os professores SÉRGIO FERRAZ e ADILSON DE ABREU DALLARI ao tratarem do princípio da finalidade afirmam que :“*Tendo em vista que a finalidade última da lei é sempre a satisfação do interesse público, convém*

esclarecer que é de interesse público aquilo que a lei e os princípios jurídicos qualificam como tal”¹⁹³

Falando sobre conceito de interesse público, BANDEIRA DE MELO lembra que *“Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido”*¹⁹⁴.

O fato é que não há um conceito determinado sobre o que seja Interesse Público ou Social apesar da expressa exigência de sua constatação em todo e qualquer ato administrativo. Como vimos tal conceito está na esfera das Cláusulas Gerais ou Conceitos Legais Indeterminados¹⁹⁵ que permeiam o Código de Defesa do Consumidor, exigindo do que chamamos de “juiz administrativo” o preenchimento dessa vagueza apresentada pelas normas.¹⁹⁶

¹⁹³ FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, pág. 58.

¹⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág 57.

¹⁹⁵ Neste ponto vale observar, como já apontamos acima, que as cláusulas gerais diferenciam-se dos conceitos legais indeterminados ao passo que estes, uma vez preenchida a vagueza do conceito legal, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer, a partir daí, nenhuma função criadora ou integrativa. Já nas Cláusulas Gerais, o aplicador além de dar concretude à Lei, norma primária, deve estabelecer as conseqüências da não obediência de seu comando, norma secundária. No entanto, a unanimidade dos administrativistas consultados trata todos os conceitos genéricos como “conceitos legais indeterminados”.

¹⁹⁶ Así, conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una solo solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa << apreciación por juicios distintivos >> de las circunstancias concurrentes a la que antes aludimos. In ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Curso de Direito Administrativo, tomo II. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004, pág. 468.

Neste sentido afirma a professora DI PIETRO: “*Quando o Direito Administrativo estabelece normas que impõem à Administração o dever de atender ao interesse público, ao bem comum, a conveniência do serviço e outros semelhantes, está deixando as portas abertas para a flexibilidade das decisões, em função da infinita gama de situações concretas a atender, na dinâmica sempre crescente das relações sociais que a Administração Pública tem que regular e fiscalizar.*”¹⁹⁷

Apesar da indeterminação do conceito de interesse público ou social, podemos fazer considerações genéricas a seu respeito. Constitui-se, portanto, em um interesse da coletividade *aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido*¹⁹⁸, que não se reflete em uma categoria diametralmente oposta à categoria dos interesses privados ou individuais. Obviamente, não haverá interesse público ou social em conduta contrária ao interesse de cada um dos membros de uma sociedade, pois seria verdadeiro contra-senso acreditar que o interesse de todos fosse o mal de cada um.¹⁹⁹²⁰⁰

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, pág. 98.

¹⁹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Interesse público na contratação das entidades da administração descentralizada*. Cadernos Fundap, São Paulo, ano 5, nº 16, p. 17-26, jul/set. 1985 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, pág. 218.

¹⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 58.

²⁰⁰ Interesse Público foi também assim definido por Hector José Escola: “*O interesse publico – de tal modo – é o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se atribui a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no querer axiológico de seus indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável atual, eventual ou potencial, pessoal e direto a respeito deles, que nele podem reconhecer seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, os quais afasta ou substitui, sem aniquilá-los*”. In *El interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p.249-260 *apud* BORGES, Alice González. *Valores a serem*

Todavia, pensar em interesse público é admitir que muitas vezes ele seja contrário a um interesse individual ou de um pequeno grupo. Basta pensarmos no exemplo, um costumeiro exemplo dado por inúmeros doutrinadores publicistas, no qual um indivíduo ou grupo de pessoas que esteja para ser desapropriado de suas casas, a fim de que o local de suas residências sirva para construção de uma nova e importante avenida. Provavelmente, os indivíduos afetados não têm interesse que suas propriedades sejam tomadas pelo poder público porque tal situação lhes traz um inconveniente pessoal, mas não poderão impedir tal fato porque a sociedade necessita do espaço aberto para instalação de uma nova avenida, ou mesmo escolas, hospitais, etc.²⁰¹

Portanto, admitir como pressuposto das Sanções Administrativas a necessária identificação de interesse público ou social, é admitir muitas vezes que, constatado o reflexo apenas individual de uma infração ao Código de Defesa do Consumidor, não deve advir a sanção. Expliquemo-nos:

Imaginemos a seguinte situação: um consumidor, como usualmente faz, se dirige à padaria próxima a sua residência para comprar pão e leite. Por um

considerados no controle jurisdicional da administração pública: Segurança Jurídica – Boa-fé – Conceitos Indeterminados – Interesse Público. Revista Interesse Público. Ed. Notadez, v. 15, 83-96, 2002.

²⁰¹ BANDEIRA DE MELLO aponta qual deve ser o conceito de interesse público, na medida em que este se justifica como um veículo de realização dos interesses das partes: “*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*” In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág 59.

inexplicável motivo resolveu conferir se o peso do “pãozinho” que acabara de adquirir possuía ou não as 50 gramas exigidas pela Portaria INMETRO/MICT número 3 de 10/01/1997²⁰², e qual não foi sua surpresa ao constatar que, apesar da aparência saborosa, o “pãozinho” possui somente 40 gramas.

Indignado, o consumidor registra sua reclamação junto ao Procon da Capital, bem como ajuíza ação para repetição do que pagou a mais em virtude da diferença do peso do pãozinho.

Ficando provada a divergência de peso e descumprimento da indigitada portaria INMETRO, deve o agente de fiscalização do Procon, ao qual foi levado o conhecimento da violação às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com fundamento nos artigos 7º *caput* e 39, VIII da mesma lei, aplicar sanção administrativa?

Está ou não obrigado a proceder à lavratura do auto de infração sob pena de infração disciplinar? Pois, como vimos, a Sanção Administrativa é uma das manifestações concretas da função administrativa e a aplicação das sanções por um agente público não constitui mera faculdade, mas obrigação da Administração

²⁰² A Portaria INMETRO / MICT número 3 de 10/01/1997 que, **estabelece critérios para comercialização de pão francês ou de sal**, determina que o pão francês vendido por unidade deve obedecer à seguinte padronização: 50g, 100g, 200g, 300g, 500g e 1Kg.

Pública, pois os poderes conferidos à administração Pública não foram outorgados, mas são inerentes à sua atividade?²⁰³

Tal exemplo está longe de ser fato isolado, talvez, sim, a questão do pãozinho, mas não as situações em que se constate a violação de uma norma do CDC, muito embora constitua-se um fato isolado sem que tal infração represente um reflexo ou risco coletivo.

Podemos pensar em exemplos similares: um fornecedor que se recuse a trocar uma camisa recém-adquirida após o consumidor constatar no primeiro uso que todos os botões caíram; ou mesmo a recusa de uma pizzaria em devolver o dinheiro de um consumidor, muito embora tenha efetuado a entrega de pizzas com sabor diferente daquele escolhido pelo consumidor.

²⁰³ Sobre a função administrativa, BANDEIRA DE MELLO pontua: “(...) É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.” In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pág. 32. Neste sentido a professora Lúcia Valle Figueiredo faz a seguinte afirmação: “Doutra parte, a aplicação de sanções, unilateralmente, pela Administração também não é prerrogativa à disposição do administrador, algo a ser desfrutado pelo administrador. Bem ao contrário. Entendemos a imposição de sanções como dever administrativo. (...) Aplicar penalidades é dever. Insistimos, não é direito”. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo, 3ª ed. Revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 442.* GARCIA VITTA, também se posiciona “(...) Se o sujeito infringir o mandamento normativo, o funcionário público encarregado de apurar a infração terá o dever de iniciar o procedimento administrativo; e, uma vez provada a conduta ilícita, deverá impor-lhe a penalidade. Isso não retira, porém, a possibilidade do exercício de faculdades discricionárias do agente público, na escolha da pena e de sua quantificação, no caso concreto, de acordo com os limites legais.” In VITTA, Heraldo Garcia. *Sanções Administrativas.* pág. 60.

Como vimos, se esquecermos que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública e interesse social, bem como que a finalidade ato administrativo sancionador é o interesse social tendo apenas como *ultima ratio* a sanção, chegaríamos a permitir e entender correta a imposição da sanção administrativa para o caso narrado. Mas este não nos parece o melhor entendimento.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não pode ser feita às cegas, esquecendo-se de seu mais importante objetivo que é o interesse social e não meramente individual. Fosse assim, instrumento importante como os chamados Termos de Ajustamento de Conduta, estariam condenados à extinção ante a insuportabilidade da mínima violação às normas do Código de Defesa do Consumidor.²⁰⁴

Portanto, exigir que todo aparelho administrativo se movimente para sancionar um fato isolado, muitas vezes impondo sanções desproporcionais ao ofensor, é esquecer da verdadeira função que deve operar um Órgão que tenha poder de fiscalização com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

²⁰⁴ Neste sentido, MANCUSO faz importante consideração: “*todavia, não se pode negligenciar o fato de que, por um lado o aforismo popular alerta que “é melhor um mau acordo do que uma boa demanda” (com isso gizando os inconvenientes das pendências judiciais quando possam ser evitadas ou abreviadas); de outro lado, haverá casos em que a não celebração do acordo laboraria contra tutela do interesse objetivado. Imagine-se que a empresa poluente, reconhecendo ser fundada a pretensão inicial, apresente plano para a instalação, em três meses, dos equipamentos necessários, fazendo prova de que estão encomendados. Em casos que tais, a intransigência do autor na recusa ao acordo não se justificaria, porque nas ações coletivas o interesse reside menos em “vencer” a causa, do que em obter, de algum modo, a melhor tutela para o interesse difuso questionado*”. In MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei nº 7.347/85 e legislação complementar)*. pág. 194.

Não vislumbramos interesse social na aplicação de sanções administrativas nestas situações, em que não há nenhum reflexo social no ato apontado como infrativo.²⁰⁵

Todavia, se modificarmos o exemplo do pãozinho, substituindo a diferença de quantidade para a existência de substância que coloque em risco a saúde do consumidor, muito embora tal defeito eventualmente venha a ser constatado em um único produto, fica configurado o manifesto interesse social nas sanções que visem apurar e sancionar condutas que coloquem em risco a vida, saúde e segurança dos consumidores.²⁰⁶

²⁰⁵ Embora não haja manifestação expressa a respeito, acreditamos estar em sentido contrário a seguinte decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 2004.01.12.567, julgado em 18/08/2004 pela 11ª Câmara Cível: “*Ação Anulatória. Multa Aplicada pela Administração Pública. Aponte Indevido do Nome do Consumidor. Restrição de Crédito. A atuação do PROCON, como órgão da Administração Pública em Defesa dos Direitos dos Consumidores, e integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105 do CDC), in casu não foi ilegal, nem excessiva, já que o autor apontou o nome **de uma consumidora**, indevidamente, nos cadastros restritivos de crédito, tendo aquele órgão atribuição para assim autuar, e ainda, a indenização arbitrada em razão do aponte, não se confunde com o valor arbitrado pela multa administrativa aplicada, como preceituam o Decreto Federal 2.181/97, a Lei Federal 8.078/90 (art. 56, I) e o artigo 5º, XXXII da Constituição Federal. Recurso conhecido e improvido.*” Tratando de matéria afeta à área trabalhista, cuja analogia com o direito do consumidor merece sérias reservas, achamos interessante trecho do acórdão proferido pelo TRF 3ª Região nos autos da Apelação Cível Processo: 93.03.102437-0 – Sexta Turma, sendo relator Lazarano Neto: “...6. A alegação de que o auto de infração não se justificaria diante do número de empregados constantes do auto (seis), não procede, isso porque a legislação trabalhista não impõe um mínimo de empregados como condição à lavratura da infração, de modo que basta que um empregado esteja prorrogando sua jornada de trabalho fora dos contornos da norma para consumir a infração, e viabilizar a Sanção Administrativa”.

²⁰⁶ DANIEL FERREIRA chega a afirmar que “*toda e qualquer alusão ao dever-poder sancionador como exercício de uma competência também discricionária nos parece, data maxima venia, um ledô engano, que não pode subsistir num Estado Democrático de Direito.*” Mas pondera “*Não é de se depreender de tais afirmações, entretanto, que estamos a negar possa existir uma certa parcela de discricionariedade na aplicação da sanção tendo em vista cada caso concreto e os limites permissivos da lei, mas sim que uma vez constatada a infração, mediante o devido processo, deve ser a sanção.*” FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. pág 35.

Desta forma, podemos concluir que a norma prevê a possibilidade de punição, conferindo ao aplicador competente a seguinte margem de discricionariedade: i) uma margem de verificação, no caso concreto, do cabimento ou não da pena diante do fato punível; ii) escolha da sanção mais adequada ao caso concreto; iii) uma margem de ponderação, de mensuração da pena tomando por base fatores – subjetivos e objetivos – de atenuação ou agravamento desta. Tais margens servem a evitar o que viria a impedir o que MARQUES NETO chamou de “automatismo sancionador”²⁰⁷ ²⁰⁸.

7 – Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

Este único tópico tem sido objeto de estudos aprofundados. Livros, dissertações de mestrado e teses de doutoramento têm sido dedicados exclusivamente à abordagem do tema que pretendemos tratar neste tópico.

²⁰⁷ *Segue daí que, sem laivo de dúvidas, podemos firmar nossa convicção de que o automatismo sancionador, a prescrição de normas penais de aplicação automática, o cartesianismo penal, são írritos ao ordenamento jurídico pois pressupõem abdicar dos deveres de proporcionalidade e finalidade. Não há como observar tais inarredáveis vetores prescrevendo a impermeabilidade da norma penal à avaliação concreta, casuística, da situação apenável. Temos cá conosco, então, que sempre haverá, independente da prescrição administrativa, o poder-dever do agente público de sopesar a pena, exercitando a margem de discricionariedade intrínseca à função sancionadora. In MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por ÓRGÃO Regulador do Setor de Energia Elétrica. In <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto483.htm>.*

²⁰⁸ Neste sentido Bandeira de Melo: “*Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.*” (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, p. 577.)

Portanto, nossa intenção neste momento é apenas e tão somente resvalar sobre o tema, diante de sua importância fundamental para os atos administrativos sancionatórios, longe de sermos exaustivos ou abordarmos todas as questões relacionadas aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O fato é que, ausente a razoabilidade ou proporcionalidade entre a conduta e o ato sancionatório, este será nulo.

Genericamente, podemos afirmar que por meio do princípio da proporcionalidade se procura estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado por determinada disposição legal e o meio empregado para alcançar tal finalidade.

Willis Santiago traz em nota de rodapé interessante julgado do Tribunal Constitucional alemão que versa sobre a distinção entre meio adequado e exigível, valendo transcrever a seguir o seu teor:

"O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que

seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”²⁰⁹.

Sobre este princípio, apontando para Constituição Federal de 1988, escreveu Paulo Bonavides: “...*O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo...A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: Incisos V, X, XXV do Art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos...*”.²¹⁰

Com relação ao princípio da Razoabilidade, não é unânime a sua diferenciação entre o princípio da proporcionalidade, ao passo que alguns autores e grande parte da jurisprudência empregam os dois termos indistintamente como sinônimos.

Para Willis Santiago²¹¹, professor da PUC de São Paulo, são diversos os dois princípios na origem e em sua destinação; enquanto o princípio da razoabilidade teria uma função negativa (não ultrapassar os limites do juridicamente aceitável), o

²⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, pág 71.

²¹⁰ Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores. São Paulo, 7ª edição, 1997, p. 395.

²¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, pág 71.

princípio da proporcionalidade seria assinalado por uma função positiva (demarcar aqueles limites, indicando como se manter dentro deles).

No que diz respeito exclusivamente às sanções administrativas tratadas no Código de Defesa do Consumidor, enfrentaremos com mais detalhes esta questão ao tratarmos da imposição de sanções pecuniárias e a necessária observância de tais princípios para dosimetria do valor da multa a ser aplicado.

8 – Princípio do Devido Processo Legal e Contraditório

O princípio do devido processo legal decorre do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988).

Apresenta-se como fundamental tanto no processo judicial como no processo administrativo. NELSON NERY chega a afirmar que no direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process* que alguns administrativistas identificariam sobre outra roupagem, denominando-o garantia da legalidade.²¹² Tanto é assim que a

²¹² NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pág. 37.

Administração Pública somente pode agir *secundum legem* nunca *contra legem* ou *praeter legem*.

Segundo NELSON NERY, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.²¹³

Portanto, garantir às partes, em um processo administrativo, o exercício do princípio do Devido Processo Legal inclui garantir uma multifacetada possibilidade de comportamentos que vão desde a presunção de inocência, passando pela proibição de provas ilícitas até o atendimento ao processo e procedimento administrativo, muito embora tenhamos adiantado que, no caso de aplicação de sanções administrativas com base no Código de Defesa do Consumidor, não há uniformidade na adoção de procedimentos processuais

9 – Princípio do *NON BIS IN IDEM*

²¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pág. 34.

A conceituação trazida por De Plácido e Silva expõe de maneira simples e didática o que se deve entender pelo princípio do *non bis in idem*: “Traduzindo-se: não duas vezes sobre a mesma coisa, é a locução latina empregada para significar que não se devem aplicar duas penas sobre a mesma falta. Seria acumulação de penas que não se permite. E, assim, a pessoa que já foi condenada por uma falta, por esta mesma falta não deve ser mais perseguida, para que se lhe queira impor nova penalidade”.²¹⁴

Para CASSAGNE, o fundamento do *no bis in idem*, é o princípio da razoabilidade, pois, ao se admitir uma condenação pelo mesmo fato, geraria uma desproporção entre a falta e a pena²¹⁵. Neste mesmo sentido, ALEJANDRO NIETO transcreve trecho de sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol, segundo a qual a garantia de não ser penalizado com dupla sanção tem como finalidade uma reação punitiva desproporcional (“*evitar una reacción punitiva desproporcionada*”).²¹⁶

Tratar do princípio do *non bis in idem* e da questão da pluralidade de normas que tipificam como ilícito o mesmo fato, impondo também sanções diversas, é transitar sobre um tortuoso caminho.

²¹⁴ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1996. 4v, p. 250.

²¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: De Palma, 1995.

²¹⁶ Sentencia 2/2003 de 16 de janeiro de 2003 in NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 472.

Como vimos, o princípio do *non bis in idem* traduz-se pela proibição de imposição de uma dupla penalidade pelo mesmo fato. A questão que se coloca é: como é e por que se legisla em duplicidade, tipificando como ilícito o mesmo fato? Diante da múltipla tipificação pelo mesmo fato, podemos extrair senão duas conclusões: **a)** ou decorre da desorganização do poder legislativo, incapaz de verificar no sistema jurídico normativo a existência prévia de sanção para a conduta que se pretende tipificar, exigindo a necessária derrogação ou ab-rogação do dispositivo existente ou, *contrario sensu*, desistindo-se de nova tipificação **b)** ou a dualidade ou multiplicidade de sanções se justifica pelo fato de que os dispositivos legais que tipificam a mesma conduta têm perspectivas ou fundamentos (*razão/ratio*) diversos, que salvaguardam bens ou interesses jurídicos de naturezas distintas.

Para nossa análise, partiremos do pressuposto de que o princípio do *non bis in idem* não está preponderantemente dirigido ao legislador, mas sim ao aplicador do direito que terá de analisar os casos conflituosos, identificando qual (quais) o(s) bem(ns) jurídico(s) está(ão) sendo tutelado(s) pela(s) norma(s).

Isso porque, se o princípio do *no bin in idem* exige como pressuposto para sua aplicação: a) que exista tríplice identidade de sujeito, fato e fundamento (*eadem persona, eadem res e eadem causa petendi*); b) que inexistam relação de sujeição especial entre o comportamento do agente e as diversas normas que tipificaram tal

conduta; a inocorrência dessas circunstâncias viabiliza a aplicação de múltiplas sanções.

Como bem apontado pelo Tribunal Constitucional Espanhol “*el principio general de derecho non bis in idem proíbe que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho, pero no impide que una misma conducta pueda estar tipificada em dos disposiciones diferentes(debiendo distinguirse) entre la doble sanción por unos mismos hechos y la previsión de la misma infracción en diferentes normas, pues cuando menos, en principio, ello no afecta al principio non bis in idem, que lo que prohíbe no es una distinta regulación y si una doble sanción por unos mismos hechos.*”²¹⁷

Desta forma, caso se verifique, por exemplo, que o mesmo fato esteja tipificado por normas cujos interesses tutelados sejam de natureza distinta (norma de defesa do consumidor x norma regulamentar), a aplicação de duas ou mais sanções não representará desrespeito ao princípio do *no bis in idem*.²¹⁸

²¹⁷ In NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 476.

²¹⁸ Neste sentido, vale trazer trecho da decisão em Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da República julgado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 22728 – PR, de relatoria do Exmo. Ministro Moreira Alves, julgado em 22/01/1998, que acolheu a Manifestação da Procuradoria Geral da República nos seguintes termos: “INOCORRÊNCIA DE DUPLA PUNIÇÃO – “*Igualmente sem razão a impetrante ao sustentar que a aplicação da pena de cassação da aposentadoria estaria a configurar bis in idem em razão da multa que lhe fora anteriormente aplicada pelo Tribunal de Contas da União com base nos mesmos fatos que motivaram a cassação de sua aposentadoria. O julgamento a cargo da Corte de Contas acerca da gestão orçamentária e financeira da Coordenação de Serviços Gerais do MEC, órgão pelo qual era responsável a impetrante no exercício de 1991, não se confunde, à evidência, com a apuração e conseqüente punição de possíveis infrações disciplinares pela Administração Pública. São independentes entre si a responsabilização administrativa dos servidores públicos faltosos e a atuação do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo das contas públicas como órgão auxiliar do Poder Legislativo. (...) Como é evidente, a multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União não teve por fundamento o*

No Direito Espanhol, que bem exemplifica o princípio da mesma forma que adotado no Brasil, temos trecho da sentença 234 de 10 de dezembro de 1991, decisão esta que até hoje é referência para inúmeras decisões proferidas pelo mesmo Tribunal neste sentido: *“No basta simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues, si así fuera, el principio no bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o em su caso, el Gobierno com titular de la potestad reglamentaria) quisiera darle. Para que la dualidad de relaciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido, que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o , si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado (...). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección.”*

procedimento administrativo disciplinar instaurado contra a impetrante, mas sim, a verificação, através de inspeção promovida pela Corte, de graves irregularidades em sua gestão à frente da Coordenação de Serviços Gerais do MEC”.

Vejamos também neste sentido as seguintes decisões: **1 - RHC 14341 / PR**, julgado em 26/10/2004, cujo trecho da ementa tem a seguinte disposição: *“3. Pelo descumprimento do embargo à atividade irregular, afora o sancionamento administrativo, também respondem os agentes penalmente pelo crime do art. 56 da Lei n.º 9.605/98, constituindo indevido bis in idem a imputação cumulativa do crime de desobediência.”*; **2 - RMS 11404 / GO**, julgado em 06/04/2004, cujo trecho da ementa tem a seguinte redação: *“Tendo a exclusão do impetrante decorrido de sindicância regular e posterior processo administrativo disciplinar, onde foram apurados outros elementos da conduta do servidor, não há que se falar em bis in idem na aplicação da sanção pelo mesmo ato.”*

No que diz respeito às Sanções Administrativas aplicadas com base no Código de Defesa do Consumidor a discussão a respeito da incidência de tal princípio se dará, sobretudo, nos denominados conflitos “*conflitos horizontais*”: assim entendidos aqueles existentes quando vários órgãos da administração pública (Procon, Vigilância Sanitária, Banco Central, Agências Reguladoras, etc), se julgarem competentes para aplicar sanções administrativas decorrente de um mesmo fato, porém com fundamentos jurídicos diversos e nos chamados “*conflitos verticais*”, onde mais de um órgão administrativo responsável pelo controle e fiscalização do cumprimento das normas de defesa do consumidor entender ser competente para aplicar uma sanção administrativa, quando o reflexo do dano abranger mais de um Município ou mais de um Estado (todos os “*Procons*” poderiam aplicar sanções em suas respectivas competências ou a aplicação de sanção pelo órgão Federal, por exemplo, retiraria a possibilidade de atuação dos demais órgãos?).

Discutiremos com detalhes tais conflitos no capítulo seguinte.

Capítulo IV – Conflitos na Aplicação das Sanções Administrativas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor

1 – Órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor

Neste tópico nosso esforço inicial será definir quem, efetivamente, é competente para aplicar Sanções Administrativas com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor discriminando, desta forma, as pessoas responsáveis pela imposição das demais Sanções Administrativas aplicadas com base em outros institutos jurídicos, ainda que venham a atingir indireta ou reflexamente o Consumidor.

Apóia-nos, neste sentido, o artigo 18 do Decreto n ° 2.181/97, que inicia a Seção que trata das penalidades administrativas a serem aplicadas em caso de descumprimento das normas de proteção e defesa do consumidor, especificando em seu parágrafo 2º que as penalidades nele previstas serão aplicadas pelos órgãos oficiais integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, sem prejuízo das atribuições de órgãos normativos ou regulamentadores de demais atividades.

Como bem observado por CAIO TÁCITO, “(...) não há em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.”²¹⁹

Sabemos que não existem critérios certos ou errados, mas sim critérios úteis ou inúteis de acordo com o objetivo que se pretende alcançar. Poderia simplesmente classificar os alunos de uma sala do curso de Direito dentre aqueles que gostam e que não gostam de Direito do Consumidor, mas tal divisão/critério, em nada me seria útil, se a minha intenção fosse selecionar o mais ágil para participar de uma prova de atletismo e não de escolher candidatos para participar de um grupo de estudos sobre o tema.

Portanto, a razão de definir quais órgãos pertencem ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e quais não pertencem, muito embora sua atividade resvale na proteção e defesa do consumidor, é simples. No primeiro caso, teremos como foco a atividade dos órgãos da Administração Pública que tenham por dever imediato e direto a defesa do consumidor nos termos da Lei nº 8.078/90 (órgãos que pertencem aos SNDC em sentido estrito); no segundo caso, teríamos de analisar a

²¹⁹ TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil – Conceito e Remédios*. Edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

atividade dos órgãos da Administração Pública que aplicam leis setoriais, de regulação de atividade ou mercado e que apenas de forma mediata ou indireta venham a atingir ou beneficiar o consumidor, o que seria uma tarefa demais árdua para os propósitos deste trabalho(órgãos que pertencem aos SNDC em sentido lato).

A primeira dificuldade que enfrentamos é constatar o verdadeiro cipoal de órgãos que têm por dever jurídico, **direita e/ou indiretamente**, promover a defesa do consumidor. Tanto é assim, que FILOMENO nos faz o seguinte alerta:

“... muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha conglobado no Capítulo VII, do seu Título I, as sanções administrativas, fê-lo de modo geral, mesmo porque não passou despercebido de seus redatores a vasta rede de órgãos incumbidos da “ tutela administrativa do consumidor”, quer no plano da União, quer dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mormente se tendo em vista competência concorrente em matéria de produção e consumo.(grifos nossos).²²⁰

Tal embaraço inicial, já demonstra que será difícil uma sistematização de todos os órgãos da administração pública que tenham por escopo promover direta ou indiretamente a tutela do consumidor. Por esta razão preferimos adotar um

²²⁰ Filomeno, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 3º ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 126.

critério de subsidiariedade, tratando tão somente daqueles órgãos que tenham por intuito precípua a tutela do consumidor.

Pois bem, nosso ponto de partida será o disposto no artigo 105 da Lei Federal nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) que diz integrarem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, os órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal e as entidades privadas de defesa do consumidor.

É certo que ao decidirmos escolher o artigo 105 do CDC como ponto de partida do nosso trabalho, algumas perguntas ficarão sem respostas: o que é, efetivamente, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC? Podemos afirmar que existe um SNDC no Brasil?

Tais questões não abordaremos neste trabalho, mas sugerimos ao leitor mais interessado, consulta à brilhante tese de doutorado a respeito do tema apresentada pelo professor MARCELO GOMES SODRÉ perante Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2003.

Assim, pela análise da norma extraída do disposto no artigo 105 do CDC, constatamos a existência de uma enumeração genérica do conjunto de órgãos e entidades que têm dentre suas atribuições a defesa do consumidor.

Artigo 105 do CDC: “*Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.*”

Apenas repetir o disposto no referido artigo sobre os integrantes do SNDC, seria por demais genérico e nada acrescentaria ao nosso trabalho, escondendo as verdadeiras complicações existentes por detrás deste tema²²¹.

Isso nos faz buscar o que estaria por detrás da palavra ou idéia de “sistema”, e daí delinear quais os possíveis órgãos ou associações que, efetivamente, fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Etimologicamente o termo ‘sistema’ vem do grego *systema*, derivado *syn-istemi*, que significa o *composto*, o *construído*. Tal palavra significaria uma totalidade construída de várias partes.

Embora o uso contínuo desta expressão ao longo dos anos tenha lhe proporcionado diferentes acepções e empregos, não lhe retirou a idéia primeira de

²²¹ Alerta este inclusive feito por MARCELO SODRÉ, ao se inclinar pela necessária distinção que deve ser feita entre entidades que atuam em torno do tema de defesa do consumidor e entidades de defesa do consumidor propriamente ditas, *in* SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, pág. 213.

unicidade do objeto. Como ensina CANARIS, de todas as definições de sistema emergem as idéias de *ordenação* e de *unidade*²²².

O próprio CANARIS²²³, citando vários juristas, traz diversas definições de “sistema” demonstrando que, se para KANT sistema seria a unidade sob uma idéia, de conhecimentos variados, ou um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios; para SAVIGNY, seria a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade; para STAMMLER, uma unidade totalmente coordenada; para BINDER, um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários; para HEGEL, a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada; para STOLL um conjunto unitário ordenado; e finalmente, para COING, uma ordenação de conhecimentos, segundo um ponto de vista unitário.

Ao final da sua obra, ao formular sua tese, CANARIS²²⁴ identifica que as características do conceito geral de sistema são a *ordem* e a *unidade* afirmando que

²²² . CANARIS, Calus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de António Menezes Cordeiro, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, pp. 12 e 18.

²²³ CANARIS, Calus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de António Menezes Cordeiro, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, pág. 10-11.

²²⁴ Partindo das características imanentes a um sistema, CANARIS, passa a demonstrar porque vários conceitos sobre sistema formulados até então não estão corretos; analisando os “sistemas puros” de Kelsen, Stammler e Nawiasky; pelos sistemas lógico-formais de Max Weber, Wundt e Klug, pelo sistema axiomático-dedutivo de Hilbert-Ackermann; pela concepção de sistema como uma conexão de problemas de Max Salomon, pela concepção de Fritz von Hippel; pelo sistema das decisões de conflitos e a distinção de Heck (sistema externo e interno) e pela jurisprudência dos interesses. Tudo isso para concluir que todos os conceitos de sistema que não sejam capazes de exprimir a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica são inutilizáveis ou, pelo menos, de utilização limitada.

“eles encontram a sua correspondência jurídica nas idéias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito; e que estas características não são apenas pressuposições de uma jurisprudência que se entenda a si própria como ciência e premissas evidentes dos métodos tradicionais de interpretação, mas também e sobretudo, conseqüências do princípio da igualdade e da <tendência generalizadora> da justiça, portanto, mediatamente, da própria <idéia de Direito>”²²⁵.

DE PLÁCIDO E SILVA também aponta que ‘sistema’ traz o sentido de *reunião, método, juntura*, exprimindo o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim; sendo o regime que subordina as coisas, de modo que todo *conjunto de regras*, que se devem aplicar na ordenação de certos fatos, integrantes de certa matéria, constitui um *sistema*; havendo sistemas jurídicos, sistemas sociais, sistemas de trabalho, etc.²²⁶

Não muito diferente é o conceito trazido pelo Dicionário Aurélio, segundo o qual há inúmeras possibilidades de definição, vejamos algumas: “1 – *Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação; (...)* 5 – *Reunião coordenada e lógica de princípios ou idéias relacionadas de modo que abranjam um campo do conhecimento; 6 – Conjunto ordenado de*

²²⁵ CANARIS, Calus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de António Menezes Cordeiro, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, págs. 279-280.

²²⁶ SILVA, DE PLÁCIDO E. *Vocabulário Jurídico*. vol. IV q-z, 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1996, pág. 242.

*meios de ação ou de idéias, tendente a um resultado; plano, método; (...) 11 – Anat. Conjunto de órgãos compostos dos mesmos tecidos e que desempenham funções similares.”*²²⁷

Na filosofia, encontramos a idéia de “uma totalidade dedutiva de um discurso” ou mesmo “qualquer totalidade ou todo organizado”²²⁸.

O conceito de sistema, ou melhor, da teoria dos sistemas na sociologia, também nos traz relevante contribuição. É certo que neste aspecto cabe o alerta do professor CAMPILONGO, no sentido de que *penetrar no cipoal de conceitos da teoria dos sistemas – seja pelas mãos de Talcott Parsons (seu grande formulador nos anos 50 e 60) seja pelas mãos de Luhmann (com seus desdobramentos e acréscimos, especialmente a partir dos anos 70) – está longe de ser missão singela.*²²⁹

Nos moldes delineados por Luhmann, podemos definir que a complexidade da sociedade moderna conduz à formação de sistemas especializados no desempenho de determinados papéis como, por exemplo, Direito, Economia, Religião, Política, Educação, dentre outros.

²²⁷ Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Editora Nova Fronteira, 1995.

²²⁸ “Dicionário de Filosofia”, de Nicola Abbagnano, editora Mestre Jou, 2º ed.

²²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002, pág. 18.

Cada um desses sistemas tem funções específicas trabalhando sempre com códigos binários adequados às suas funções. *O Código binário próprio da moral (bem/mal) é diverso do código binário da política (governo/oposição), da ciência (verdade/falsidade) e do direito (direito/não direito).*²³⁰

A determinação de um sistema significa, em contrapartida, diferenciá-lo dos demais, o que não significa seu completo isolamento na sociedade, ou nas palavras do professor CAMPILONGO “*não se trata, em nenhuma hipótese, de postular o isolamento térmico e acústico do sistema, como se ele fosse insensível à temperatura ou aos ruídos de seu ambiente externo. Dizer que a sociedade é um sistema é o mesmo que apontar para uma distinção: de um lado, está o sistema, vale dizer, a sociedade; de outro lado, o ambiente da sociedade, isto é, tudo aquilo que não está presente nas operações internas do sistema mas sem o que o sistema não pode existir.*”²³¹

Desta forma, cada um dos sistemas existentes em uma sociedade (econômico, político, jurídico, etc.) é sensível aos demais sistemas que existem em seu ambiente (abertura cognitiva); mas essas irritações externas são processadas sempre nos limites inerentes às suas estruturas, seleções e operações que diferenciam um determinado sistema dos demais – seus códigos binários

²³⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo, Max Limonad: 2000, pág. 125.

²³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, pág 148. Max Limonad. 2000.

(lícito/ilícito; poder/não poder; ter/não ter, etc.), acontecendo, portanto, o então chamado fechamento operativo, que dá unidade ao sistema.²³²²³³

Voltando, então, ao propósito deste trabalho podemos afirmar que dentro desta visão sempre haverá entre os diversos sistemas existentes em uma sociedade um ponto de contato, uma interconexão ou o chamado “acoplamento estrutural”, precisando ser evitado que tais acoplamentos atinjam pontos tão elevados que desnaturem a forma de operação própria de cada sistema, produzindo a correspondente “corrupção do código”.

Essas situações estão longe de serem fatos atípicos ou raros, pelo contrário, são comuns e muitas vezes produzem mudanças no interior de cada subsistema. Uma possível corrupção dos códigos, por exemplo, pode resultar em um judiciário que decide com base em critérios econômicos ou mesmo políticos, colocando em risco a unicidade do sistema ou, neste exemplo, a necessária imparcialidade do poder judiciário.

²³² Lembra o professor CAMPILONGO, que o fechamento operacional é tão importante para concepção Luhmaniana porque a unidade do sistema é produzida por esse fechamento. In CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo, Max Limonad: 2000, pág 67.

²³³“A função infungível do sistema jurídico moderno é produzir direito por meio de direito, vale dizer, reproduzir comunicação jurídica a partir da comunicação jurídica. Por isso o sistema é autopoietico. Para tanto, o sistema jurídico, assim como os demais sistemas parciais, especifica suas operações com base num código comunicacional particular e exclusivo. No caso do direito, esse código gira em torno do binário direito/não direito (lícito-ilícito). Quando a comunicação diz respeito a essa distinção – por si só altamente complexa – ela pertence ao sistema jurídico e a nenhum outro. É assim que o código confere fechamento operacional ao sistema.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*, pág. 146/147. Max Limonad. 2000.

E aí está a preocupação da teoria dos sistemas auto-referenciais. Se um sistema abandona seu código e passa a operar com código diverso (sistema jurídico aplicando razões políticas ou econômicas) perderá suas referências internas e sua distinção com o ambiente.²³⁴²³⁵

Não menos relevante é a observação do professor MARCELO SODRÉ, no sentido de se buscar na Constituição Federal a idéia de sistema, mesmo alertando que não se pode extrair um conceito estritamente jurídico e unívoco do uso desta palavra na Constituição, pois ela se apresenta quase que no seu uso corriqueiro e, por isto mesmo, impreciso.²³⁶

²³⁴ Mais uma vez, CAMPILONGO expõe com precisão estas idéias: *Se o sistema jurídico abandona seu código próprio (direito/não direito) e passa a operar com os códigos da política, da ciência ou da moral, certamente perderá suas referências internas e suas formas de distinção com o ambiente. Por isso, a dogmática e a teoria jurídicas, enquanto instâncias reflexivas do direito, e os Tribunais, enquanto organizações com competências decisórias diretamente ligadas ao código do sistema jurídico, devem desempenhar suas funções de modo consistentemente adequado às operações internas do direito. O que não é possível - e Luhmann está absolutamente certo - é abandonar o aparato evolutivo consolidado pelo sistema jurídico e substituí-lo pelas referências diretas a outros sistemas (econômico e político, por exemplo) ou às instâncias reflexivas de outros sistemas (teoria econômica e teoria política, por exemplo) in CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo, Max Limonad: 2000, pág. 127.*

²³⁵ KARL LARENZ asseverou que as normas jurídicas de um Estado estão ligadas entre si; exemplificando esta ligação nas constatações de que as regras que compõem o direito da compra e venda, o direito locatício e o direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulamentação que as subjazem a determinados pontos de vista diretos e que tais regulamentações são parte de uma regulamentação mais ampla – por exemplo, do direito contratual ou então dos direitos reais, e ambas, por sua vez, ao direito privado. *In Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª edição – tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pág. 621-622.

²³⁶ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior, São Paulo, maio de 2003, pág. 217.

Desta forma, a palavra sistema aparece 36 (trinta e seis)²³⁷ vezes na Constituição Federal e mais 7 (sete)²³⁸ vezes nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. De forma genérica, vimos que na Constituição Federal a palavra sistema aparece em artigos que dizem respeito à divisão de competência ou quando se pretendeu fornecer a determinado assunto uma organização temática (Sistema Financeiro; Sistema Eleitoral, Sistema Nacional de Aviação, Sistema de Consórcios, Sistema Tributário, etc.).

Finalizando esta idéia de sistema e a inserindo dentro de um território SODRÉ expõe com precisão: *“A junção dos conceitos Sistema e Nacional levam à conclusão de que todas as instituições políticas ou sociais que exercem algum papel para a consecução dos fins almejados (sejam eles quais forem), dentro de um campo pré-fixado (um país), devem compor um todo organizado. A idéia central é de que um Sistema Nacional deve abarcar todas as entidades que atuam em um determinado tema, sejam públicas ou privadas, em todas as esferas da Federação do Estado Nacional.”*²³⁹

De tudo que já expusemos uma coisa está clara, sistema tem a idéia de unicidade e objetivo único, e é com esta idéia que devemos perquirir quais os

²³⁷ Ver. Art. 8º, IV; 21, XIX, XXI; 22, VI, XVI, XVIII, XIX, XX; 27, § 1º; 31 *caput*; 34, VII, “a”; 45 *caput*; 48, I; 70 *caput*; 74 *caput*; 109, VI; Título VI, Capítulo I; 149, § único; Título VI, Capítulo IV; 192 *caput*; 195, § 3º; 198, *caput e § único*; 199 *caput*; 200 *caput*; 202 *caput*; 211, § 1º; 212, § 2º; 218, §§ 2º e 4º; 223 *caput*; 225, I e § 5º e 240 *caput*.

²³⁸ Ver Ar. 2º *caput e § 1º*; 34 *caput*, III, §§ 4º e 5º; 71.

²³⁹ SODRÉ, Marcelo Gomes. “A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior, São Paulo, maio de 2003, pág. 212.

órgãos devem integrar o SNDC, sem jamais esquecer que tais órgãos estarão sempre em contato com outros pertencentes a outros sistemas, como o sistema econômico, concorrencial, metrologia legal etc.

Portanto, com base nessas considerações, acreditamos que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é formado pelo conjunto de Associações e Entidades Civis, Órgãos Públicos Federais, Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, Fundações ou Ministério Público, todos integrados por uma finalidade comum e atuando específica e exclusivamente para proteção e defesa do Consumidor. Tal fato, como afirmamos, não impede que este tema tenha ponto de contato com outros sistemas (econômico, regulatório, metrologia, concorrencial, etc.) que, porém, não podem se confundir.

Apesar de respeitável entendimento em sentido diverso²⁴⁰, não entendemos que órgãos que apenas de forma reflexa ou indiretamente defendam o consumidor,

²⁴⁰ ROBERTO FINK, por exemplo, acredita que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor os órgãos públicos que direta ou indiretamente detêm, dentre suas várias atribuições, funções que de algum modo estejam voltadas para a proteção e defesa do consumidor. Afirma expressamente *que pode ocorrer que a destinação principal do órgão não esteja voltada para a defesa do consumidor* mas sua atuação e decisões geralmente têm reflexos importantes nas relações de consumo. In Daniel Roberto Fink. *Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*.

Referido autor aponta que dentre os órgãos pertencentes ao SNDC que, indiretamente, tem atribuições de defesa do consumidor, estariam o Banco Central do Brasil, ao fixar tarifas e regular serviços bancários; a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, ao baixar normas sobre as condições e cláusulas obrigatórias dos seguros em geral, fiscalizando seu cumprimento; os órgãos de vigilância sanitária, ao prescrever e policiar as condições de higiene de estabelecimentos e higidez dos alimentos; o Instituto de Pesos e Medidas – IPEM, como suas balanças e metros, conferindo se o produto oferecido está dentro das especificações dos rótulos, dentre outros incontáveis órgãos que poderiam também ser citados como exemplos.

como Banco Central do Brasil - BACEN, Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, ou mesmo as atuais Agências Regulatórias, pertençam ao Sistema Nacional de Defesa Do Consumidor.

Pensar desta forma é, ao nosso ver, confundir papéis diversos existentes na sociedade brasileira. É preciso que tenhamos de forma clara qual função precípua será desenvolvida por determinado órgão e sobre este aspecto definir sua participação em um ou outro sistema, o que não impede que suas decisões reflitam, como necessariamente acontece, dentro de outra seara do mercado ou mesmo de outro sistema.

A função precípua a ser desempenhada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por exemplo, é zelar pela livre concorrência, por um

Sobre os órgãos ou entidades que diretamente defendem o consumidor, DANIEL FINK aponta a descrição trazida no artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor, de forma que seriam órgãos integrantes do SNDC que diretamente promovem sua defesa, a *Defensoria Pública (assistência jurídica e judiciária); Promotorias de Justiça e de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público, com a finalidade de apurar fatos por meio de inquérito civil e, se o caso, submetê-los à apreciação judicial por meio da ação civil pública; Delegacias de Polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais relativas às relações de consumo; Juizados de Pequenas Causas e Varas especializadas na solução de conflitos decorrentes das relações de consumo, além da sociedade civil por meio de suas entidades.* In Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Forense, 1999, p. 837.

Na chamada “Cartilha do Consumidor” elaborada pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, órgão coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e ligado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, consta uma outra relação dos órgãos que fariam parte do SNDC. Segundo consta em referida cartilha, os órgãos que fazem parte do SNDC são: I - os Procons e similares nos Estados e Municípios; II - a vigilância sanitária e agropecuária; III - o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade - INMETRO, e os Institutos de Pesos e Medidas - IPEN; IV - os Juizados Especiais, além da Justiça comum; V - as Promotorias de Justiça, órgãos do Ministério Público; VI - as Delegacias de Polícia especializadas; VII - as entidades civis de defesa do consumidor; VIII - a Embratur; IX - a SUSEP.

(In: http://www.mj.gov.br/dpdc/servicos/publicacoes/CARTILHA%20DO%20CONSUMIDOR_web.pdf).

mercado eficiente, difundindo a cultura da concorrência por meio de esclarecimentos ao público, impedindo e reprimindo eventuais infrações à ordem econômica. Tais atribuições o fazem pertencer ao chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC²⁴¹ que, apesar de prescindir de disposição legal que o conceitue, foi definido doutrinariamente em virtude da unicidade de objetivo dos órgãos que dele participam: “proteção e busca de um mercado eficiente”.

Tal fato, todavia, não nos impede de concluir que o beneficiário de um mercado mais eficiente é a ponta final desta relação, ou seja, o consumidor. Será que por isso definiríamos o CADE como órgão pertencente ao SNDC e não ao SBDC? Estaria o CADE subordinado à coordenação do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 106 do Código de Defesa do Consumidor? Cremos que não.

²⁴¹ Definiu-se doutrinariamente que o Conselho Administrativo juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Neste sentido, vejamos o que dispõe o GLOSSÁRIO disponibilizado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE: “- **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC**: sistema formado pelos três órgãos encarregados da defesa da concorrência no País: a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. A SEAE e a SDE possuem função analítica e investigativa, sendo responsáveis pela instrução dos processos, ao passo que o CADE, sendo um tribunal administrativo, é a instância julgante do Sistema. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência subdivide-se em três vertentes: (i) o controle de estruturas de mercado, via apreciação de fusões e aquisições entre empresas (atos de concentração), (ii) a repressão a condutas anticompetitivas e (iii) a promoção ou “advocacia” da concorrência”.

In (<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/Glossario.html>).

Da mesma forma será que a SUSEP, órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, estaria submetida à coordenação do DPDC, integrando, portanto, o SNDC?

Ou mesmo as agências reguladoras, a citar como exemplo a ANS e ANATEL, cujas funções são, respectivamente, promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País. No segundo caso; promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional.

242

Em todos os casos nossa resposta é negativa.

Esta diferenciação será extremamente importante mais adiante, até mesmo quando tratarmos da possibilidade de haver conflito de atribuição entre órgãos públicos, Agências, Fundações que regulamentam ou fiscalizam áreas que

²⁴² Neste sentido, lúcida observação faz MARIA STELLA GREGORI ao discorrer sobre a atuação da ANS: “A ANS não é um órgão de defesa do consumidor, nem integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o que não quer dizer que o consumidor não seja beneficiário final de suas ações”. In GREGORI, Maria Stella. *A normatização dos planos privados de assistência à saúde no Brasil sob a ótica da proteção do consumidor*. Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em 2004, pág. 258.

permeiam a seara do Direito do Consumidor, a citar mais uma vez, a título de exemplo, a ANATEL, ANS ou mesmo órgãos como o INMETRO e IPEM, já que não pertencendo ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, aplicando sanções, não há que se falar em *bis in idem*.

Portanto, são os órgãos integrantes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor os responsáveis pela aplicação das Sanções Administrativas com base no Código de Defesa do Consumidor²⁴³²⁴⁴.

Sem chegarmos à exaustão, podemos definir que têm competência para aplicar sanção administrativa, com fundamento nos artigos 55 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, os Procons ou ainda SEDECON (*Serviço de Defesa do Consumidor*) ou CEDECON (*Central de Defesa do Consumidor*).

Veremos a seguir que, dentre as questões controvertidas, estarão os chamados **CONFLITOS VERTICAIS**, assim entendidos como aqueles em que mais de um ente público que tenha por escopo promover a defesa do consumidor, na forma

²⁴³ Obviamente, estamos falando daqueles que, apesar de integrarem o SNDC, detêm por força de lei a possibilidade de aplicar sanções administrativas, eminentemente os Procons e Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor. Às associações cabe a fiscalização, orientação, educação para o consumo ou o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas para defesa do consumidor.

²⁴⁴ Discordamos, com a devida vênia, da opinião balizada de Antônio Carlos Efinger ao afirmar que “*É dever do Banco Central do Brasil, dentre outros órgãos, exercer o controle da atividade bancária e financeira, apurando reclamações e aplicando as sanções administrativas disciplinadas pelo sistema de proteção do consumidor, especialmente as previstas pelo art. 55 e ss. da Lei nº 8.078/90 e do Decreto nº 2.181/97.*” In *O dever do Banco Central do Brasil de controlar a atividade bancária e financeira, aplicando as sanções administrativas previstas no sistema de proteção do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, pág. 18-22.

da Lei n.º 8.078/90 (Procons, CEDECONS, SEDECONS, etc.), entender ser competente para aplicar uma sanção administrativa contra um fornecedor, quando o reflexo da infração às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor abranger mais de um Município ou mais de um Estado.

Além dos referidos Conflitos Verticais teremos os chamados **CONFLITOS HORIZONTAIS**, que ocorrem quando órgãos que exercem poder de fiscalização sobre áreas diversas, que tocam o Direito do Consumidor (Procon, Vigilância Sanitária, Banco Central, Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, ANS etc), pretendam ou se neguem a autuar um Fornecedor, que tenha violado, além das normas do CDC, normas específicas do setor regulamentado (bomba de gasolina adulterada, venda de medicamento com prazo de validade vencido, etc).

2 - CONFLITOS VERTICAIS - Conflito de Competência entre Órgãos Administrativos de Defesa do Consumidor no Âmbito Estadual e Municipal.

Como apontamos em alguns parágrafos anteriores, podem existir situações em que fatos, que violem as disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, atinjam diversas unidades da Federação podendo, daí, surgir um eventual conflito acerca de qual ou quais seriam os órgãos administrativos de defesa do consumidor, competente(s) para aplicar eventual sanção.

Para facilitar nossa análise, utilizaremos o seguinte exemplo fictício: *Uma determinada montadora de automóveis forneceu para diversos Estados e Municípios da Federação o seu novo veículo, considerado um dos melhores da categoria. Entretanto, um mês após a colocação do seu produto no mercado, descobriu um defeito decorrente de falha na linha de produção que poderia causar o estilhaçamento do vidro dianteiro, podendo ferir e mesmo causar cegueira aos ocupantes do automóvel.*

Apesar desta constatação ter ocorrido um mês após a disponibilização do produto no mercado, o aviso aos consumidores e às autoridades competentes, só foi ocorrer após seis meses, período em que começaram a aparecer e a ganhar páginas em jornais os primeiros acidentes.

Diante desta situação fictícia estaria configurada infração às disposições do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo as dispostas nos artigos 6º, I, III, VI e 10º do CDC e artigos 12, IX, b; 13, II e III do Decreto n.º 2.181 de 20.03.97.

Pergunta-se: quem é competente para aplicar as sanções previstas nos artigos 56 do CDC? O Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC? O Procon do Estado de São Paulo? Todos os Procons Estaduais? Todos os Procons municipais? Procons Estaduais, Municipais e DPDC conjuntamente?

Considerando que atualmente existem 27 procons Estaduais e mais de 700 procons municipais, poderia um fornecedor ser penalizado em mais de 727 processos administrativos pelo mesmo fato? Como resolver este imbróglio?

Já havíamos alertado o leitor que a missão pretendida neste trabalho não seria das mais fáceis, sobretudo diante do verdadeiro cipoal de normas e órgãos que tem por escopo promover a defesa do consumidor.

Relembrando os ensinamentos de Caio Tácito já descritos neste trabalho, a competência para imposição de sanções administrativas é *um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.*²⁴⁵

No mesmo sentido LAZZARINI anotou que “*A competência, via de regra, é da entidade estatal – União, Estado-membro Município – que dispõe do poder de regular a matéria. E, dentro da entidade estatal, naturalmente, dependerá do que a lei estabelecer como sendo da atribuição do órgão publico seu*”²⁴⁶.

BANDEIRA DE MELLO esclarece com habitual praticidade que “*Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria. Assim, a União exercerá em caráter exclusivo polícia administrativa sobre o que estiver*

²⁴⁵ TACITO, Caio. O Abuso do Poder Administrativo no Brasil – Conceito e Remédios; edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

²⁴⁶ LAZZARINI, Álvaro. Do Poder de Polícia; Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, Lex Editora, v. 63, p. 20.

arrolado no art. 22 da Constituição e concorrentemente com os Estados e Distrito Federal sobre o que consta do art. 24. Estados irão exercitá-la em caráter exclusivo nas hipóteses abrigáveis no § 1º do art. 25 ou em concorrência com a União nas do art. 24, precitado. Municípios têm seu campo exclusivo de polícia administrativa no que disser respeito ao seu peculiar interesse, notadamente sobre as matérias previstas no art. 30. O Distrito Federal, a quem competem, por força do art. 32, § 1º, atribuições correspondenciais às dos Municípios e às dos Estados (salvo no que concerne ao § 1º do art. 25), exercerá polícia administrativa em caráter exclusivo no mesmo caso em que os Municípios a exercem e concorrentemente nas hipóteses do art. 24”(grifos nossos).²⁴⁷

Diante dessas lições, sobretudo em face do artigo 24 da Constituição Federal, podemos concluir que a competência sancionatória é concorrente entre todos os órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor do País, tanto no âmbito Municipal, Estadual, Nacional e do Distrito Federal.

Mas a dúvida que persiste é se mais de um Procon, por exemplo, pode autuar um mesmo fornecedor pelo mesmo fato cuja abrangência atinja mais de um Município ou Estado? Verificando que existem mais de 700 órgãos de proteção e defesa do consumidor, como os Procons no Brasil, poderiam todos autuar um mesmo fornecedor pelo mesmo fato, embora os reflexos do dano sejam de

²⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, p.684.

abrangência nacional? As multas aplicadas, se somadas, poderiam ultrapassar o valor de 3.000.000 (três milhões de UFIR), como fala o artigo 57 do CDC?

Objetivamente duas foram as dúvidas que apresentamos: a) se mais de um Procon pode autuar pelo mesmo fato e b) se, havendo dupla autuação, o valor da multa pode ultrapassar 3.000.000 de UFIR. Vejamos:

De uma forma geral, cada Procon Municipal, Estadual ou do Distrito Federal tem melhores condições de auferir, especifica e eficazmente, a gravidade e extensão dos prejuízos dos consumidores localizados dentro de sua área de competência, de forma que não vemos, num primeiro momento, qualquer impedimento para que diversos Procons autuem pelo mesmo fato, sem que isso implique na violação do princípio do *no bis in idem*.

Portanto, diante dessas considerações e do disposto nos artigos 24, VIII e 30, I da Constituição Federal e artigo 55 do CDC, poderíamos concluir que todos os legitimados para aplicação de sanções administrativas (Procons, Sedecons ou Cedecon, Municipais e Estaduais) detêm competência para o exercício da atividade fiscalizadora e sancionatória de forma independente.²⁴⁸

²⁴⁸ Evitamos mencionar o disposto no artigo 5º do Decreto nº 2.181/97 em virtude de tal Decreto não ser aplicado com unanimidade em todos os Procons.

Mas sem fugir da realidade vimos, no entanto, que a prática poderá nos levar para algumas situações certamente absurdas e insustentáveis, com imposição de sanções desarrazoadas e desproporcionais, impingindo-lhes a nulidade²⁴⁹. Acreditamos que, apesar do mencionado permissivo Constitucional (art. 24, VIII) e artigo 55 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando o dano acarretar prejuízo a consumidores de mais de um Município de um mesmo Estado ou em caso de dano cujo reflexo seja de abrangência nacional, ficará mais fácil ao Procon da Capital do Estado, no primeiro caso e ao DPDC no segundo, aplicarem a Sanção Administrativa Correspondente, sem que restem violados os preceitos de razoabilidade e proporcionalidade que deve imperar nas Sanções Administrativas.²⁵⁰

251

²⁴⁹ Neste sentido, vejamos o Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, nos autos do Mandado de Segurança nº 70004431664, Relator Roque Joaquim Volkweiss, julgado em 13/12/2000. “Mandado de Segurança. Processo Administrativo. Pena de Multa. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade. A inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da penalidade da multa, em processo administrativo, configura violação de Direito Líquido e Certo. JULGADO EM 13/12/2002. Neste sentido, ver: TJ/RS Mandado de Segurança nº 70004426672, Relator Genaro José Baroni Borges, julgado em 06/09/2002”.

²⁵⁰ Neste sentido ver interessante acórdão proferido pelo TRF 5ª Região - Apelação Cível, Processo: 200105000416480, julgado em 19/12/2002, sendo relator Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho cujo trecho da ementa está assim formulado(...): “... III.Quando o ataque às relações de consumo assume proporção de âmbito nacional, seja em face de versar acerca do SFH, seja pela figuração de uma empresa pública federal, cabe ao DPDC a tarefa correspondente ao Procon em âmbito Municipal.”

²⁵¹ Neste sentido, curiosa a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 99.05.33752-0 segundo a qual conclui pela incompetência do Procon Estadual para imposição de Sanção Administrativa em face da Caixa Econômica Federal, tendo em vista tratar-se de Empresa Pública Federal, devendo sujeitar-se a um Órgão Federal (DPDC) e não a um órgão Estadual, razão pela qual anulou-se o Auto de Infração. Neste sentido ver: **1** - Acórdão TRF 5ª Região; Apelação Cível – 270291; Processo: 200105000416480 UF: PB; Data da decisão: 19/12/2002. Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho; **2** – Acórdão TRF 5ª Região, Processo: 200005000540914 UF: Data da decisão: 26/06/2001. Desembargador Federal Petrucio Ferreira.

3 – CONFLITOS HORIZONTAIS – *Conflito de competência entre órgãos de proteção e defesa do consumidor e órgãos setoriais*

Temos notado o aumento da complexidade de nossa sociedade, que está passando a exigir e mesmo necessitar do desenvolvimento de uma “*tecnologia jurídica*”, impondo a adoção de mecanismos legais tecnicamente especializados a fim de prover uma maior precisão e agilidade no atendimento às necessidades contemporâneas dos cidadãos.

ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO lembra que esta complexidade social levou o legislador a elaborar regulamentações direcionadas a certas relações jurídicas como o Direito do Trabalho, até então considerado um ramo especializado do Direito Civil, bem como outros estatutos exógenos à codificação, sendo exemplo a lei do divórcio, código das águas, leis contra usura, etc.

Passo seguinte foi verificar que não bastaria a edição de leis especiais para atender à complexidade da sociedade, impondo-se a especialização dos órgãos emanadores e aplicadores de tais normas, de forma que a união destes fatores – *criação de órgãos independentes encarregados da regulação de atividades específicas dotadas de conteúdo técnico* – resultou nos ordenamentos setoriais.²⁵²

²⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes – Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. São Paulo vol. 786, abril de 2001, p. 42.

Sinalizando para uma conceituação dos ordenamentos jurídicos setoriais, ARAGÃO nos apresenta uma moldura perfeita para tal definição:

“... Os ordenamentos setoriais, instituídos pelo Estado por imposição da realidade econômica e técnica possuem uma base econômica identificável. Têm por função a regulação das atividades empresariais ou profissionais que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo, tais como os serviços públicos, a exploração de determinados bens públicos (ex. os recursos minerais), o comércio de valores mobiliários, a atividade financeira, a produção de medicamentos, o exercício da advocacia e da medicina etc., que não podem ser deixados ao livre arbítrio privado”.

Quando o legislador julga ser necessária uma maior rigidez do controle estatal, os ordenamentos setoriais são conferidos a órgãos ou entidades do próprio Estado, mas alheios à sua administração central, com a qual não possuem vínculos de subordinação ou de significativo controle. São os casos das agências reguladoras no Brasil, das comissões norte-americanas e das autoridades independentes francesas e italianas.

Em outras hipóteses, os ordenamentos setoriais são confiados aos próprios indivíduos ou empresas que exercem as atividades a serem reguladas, que, no entanto, deverão desenvolvê-las nos termos

das normas estatais previamente estabelecidas e terão necessariamente que se agrupar nos respectivos ordenamento setoriais. No Brasil, um exemplo eloqüente desta modalidade são os Conselhos Profissionais”²⁵³

O fato é que estamos vendo a olhos nus a pluralização de fontes normativas, cada vez mais específicas e especializadas, dotando o aplicador e o sujeito da norma de precisão quando da sua implementação.

É cada vez mais certo que toda atividade humana encontrará seu correspondente no sistema normativo, da mesma forma que hoje todo e qualquer produto ou serviço que venha a ser adquirido ou utilizado por um consumidor sofra a incidência de normas específicas e reguladoras, seja na sua fabricação, comercialização, desenvolvimento, execução ou garantia. Juntamente com tais normas, vêm os órgãos reguladores, fiscalizadores e sancionadores específicos de cada setor regulamentado.

Diante desta complexidade e ao que nos interessa neste trabalho, sabemos que muitas vezes apesar do fato de determinado comportamento ser único, não impedirá se atrelem várias sanções de igual ou diferente ordem ou especialidade. Neste sentido, é válida a posição de ROBERTO DROMI, segundo a qual: “*diversas sanciones jurídicas, en ciertos supuestos, pueden concurrir sobre un mismo hecho o*

²⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2000, p. 104/105.

acto. En razón de ser uno el ilícito jurídico, y distintas sus manifestaciones, es posible admitir la compatibilidad entre esas plurales manifestaciones (ilícito penal, ilícito civil, ilícito administrativo, ilícito fiscal, etc.), ya que un solo acto puede a la vez infringir diversos órdenes jurídicos.”²⁵⁴

Isso não poderia ser diferente pois no caso de controle comportamental, tal como o exercido por meio das sanções administrativas, condutas censuradas no âmbito setorial podem não ensejar a reprimenda na esfera do direito do consumidor e vice-versa ou, ainda, a mesma conduta pode gerar violação tanto às normas do Código de Defesa do Consumidor quanto à norma regulamentar específica.

Diante deste quadro, ou melhor, desta moldura, nos parece essencial tocar no tema das sanções administrativas impostas por algumas agências reguladoras, órgãos de classe e demais entidades nos moldes, por exemplo, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Petróleo – ANP, Conselho Regional ou Federal de Medicina, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, dentre outros.

Um dos problemas que pode advir dessas observações é o caso, por exemplo, de um mesmo fato que viole normas do Código de Defesa do Consumidor e disposição regulamentar específica: Quem será competente para aplicar eventual penalidade administrativa? Sob qual regime jurídico? Do Código de Proteção e

²⁵⁴ DROMI, Roberto. El acto administrativo. 3 ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pág. 195 *apud*.

Defesa do Consumidor ou do Órgão Regulamentador? Caso haja condenação por parte dos dois órgãos, poder-se-ia falar em *bis in idem*? A quem deve se socorrer o consumidor, se a esfera do seu direito violado abarcar normas do Código de Defesa do Consumidor e de disposições de normas regulamentares?

Como sabemos, a competência e forma de atuação das agências reguladoras é definida por Lei em seu sentido formal, tendo sua atividade restrita ao setor determinado para regulação.

Como bem lembram os professores Arnold Wald e Luiza Rangel de Moraes:

*“...as competências conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto a sua extensão. A eles são conferidas as atribuições administrativas relacionadas à fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, abrangendo desde o controle sobre fixação de tarifas até as sanções de natureza disciplinar, além das que têm por objetivo a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência e forma de evitar os abusos do poder econômico”*²⁵⁵

Podemos lembrar que no seguimento de telecomunicações, por exemplo, a Lei nº 9.472/97 outorgou à ANATEL, além de inúmeras outras atividades, o dever

²⁵⁵ WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. *Agências reguladoras*. p. 152.

reprimir infrações aos direitos dos usuários (art. 19, VIII da lei)²⁵⁶. Da mesma forma a Lei nº 9.478/97 obriga a ANP a fiscalizar e aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato (artigo 8º, VII).

Será que tais disposições retiraram do âmbito de atribuição dos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor com poder de polícia administrativa – eminentemente os Procons e Sedecons – o poder de fiscalizar e sancionar práticas de concessionárias de serviços públicos fiscalizadas por Agências Reguladoras?

Nossa opinião é que não.²⁵⁷

²⁵⁶ No caso específico desta Agência, o Decreto 2.338 de 07/10/1997, que aprovou o Regulamento da ANATEL, estipulou em seu artigo 19 que a Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997. Em seu parágrafo único estipulou que a competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Na nossa opinião, referido artigo é absolutamente ilegal por retirar dos órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor dever imposto por Lei, especificamente a Lei nº 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tanto é assim que o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública em face da ANATEL e União Federal, para declarar a ilegalidade de referido dispositivo. Referida ação encontra-se em trâmite perante a 22ª Vara Federal da Justiça Federal de São Paulo e até o presente momento 01/08/05 pendente de julgamento.

²⁵⁷ Tramita perante a 18ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo – Processo nº 2002.61.00.009029-1, Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da ANATEL e União Federal, questionando a legalidade do artigo 19 do Decreto nº 2.338/97 que Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Referido artigo está assim redigido: Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997. Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a Proteção e Defesa do Consumidor, sobretudo no que diz respeito à eficiência do mercado regulado. Portanto, ainda que fôssemos atentar para o critério da especialidade, este deve ter como foco não a especialidade do serviço ou produto analisado e sim especialidade na atividade fiscalizadora desenvolvida. Obviamente que no tema da proteção e defesa do consumidor os Procons ganham, no critério de especialidade, de qualquer agência ou ente regulador, inclusive corporações de profissionais, a exemplo do Conselho Federal ou Regional de Medicina.

Neste sentido, o Egrégio Tribunal Regional Federal da Quinta Região, quando do julgamento do Agravo de Instrumento Processo nº 200305000322766 em 20/04/2004 sob a relatoria do Exmo Desembargador Paulo Machado Cordeiro, assim se manifestou:

“É competente o PROCON para fiscalização e aplicação de penalidades administrativas às instituições financeiras, embora também sejam as mesmas controladas pelo Banco Central, tendo em vista que qualquer pessoa, inclusive as pessoas físicas, podem ser fiscalizadas por inúmeros órgãos, cada um deles em aspectos próprios e específicos.”

Não obstante tal situação, é claro que a análise de eventuais infrações cometidas por empresas ou fornecedores fiscalizados por seus respectivos órgãos

regulamentadores ou de classe, deve ser feita com o necessário sopesamento e análise da norma específica abrindo-se, inclusive, válvulas de escape por meio da regra da razão.

Questão que se assemelha pela conflituosidade chegou a ser analisada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, quando da análise de atos de concentração de Instituições Financeiras. A questão foi definir se a competência para tal análise seria do CADE ou do Banco Central, por tratar-se de tema afeto à regulamentação por este último ente.

Ao que nos interessa, dois foram os tópicos centrais desta discussão²⁵⁸, sucintamente tratados em parecer da lavra do professor SUNDFELD²⁵⁹:

a) O CADE não é órgão de concorrência no sistema financeiro. O CADE apenas e tão-somente aplica a lei n. 8.884/94. Julga e não regula. Ou melhor, pode julgar porque não regulou.’ Vê-se, portanto, que os dois órgãos exercem funções distintas, atreladas cada qual à respectiva racionalidade e exigindo *expertises próprias*.

b) *Não procede o argumento de que a lei n. 4.595/64 ‘é específica e, portanto, prevalece sobre a última (lei n. 8.884/94), de caráter geral’.*

²⁵⁸Esta discussão pode ser vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, sendo requerentes Banco Finasa de Investimentos SA; Brasmetal Indústria S/A; Zurich Participações e Representações .

²⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da; LESSA MATTOS, Paulo Todescan.(coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 29-48.

*Porque a lei do sistema financeiro seria especial e a lei antitruste geral? Especial e geral em relação a que matérias? Porque não o contrário: em relação à concorrência, a lei antitruste seria específica? No exame da relação entre as leis n. 4.595/64 e n. 8.884/94, pode-se concluir que a lei antitruste é especial no que se refere à adjudicação concorrencial das concentrações do sistema financeiro.*²⁶⁰

Neste sentido também está o voto do Ilmo. Conselheiro ROBERTO PFEIFER que conclui que a lei antitruste não estabeleceria imunidade em relação ao CADE a nenhum setor da economia. Ademais, os órgãos reguladores seriam destinados a formular normas e zelar pela sua observância em setores específicos da economia, ao passo que os órgãos de defesa da concorrência possuiriam natureza diversa, tendo uma perspectiva geral e não setorial, fiscalizando a obediência de normas da legislação de concorrência e não de legislação específica.

Deduzindo o mesmo raciocínio, somando-o à idéia extraída do princípio do *no bis in idem* sucintamente tratado acima, concluímos como já alertado que não

²⁶⁰ Em sentido contrário foi o parecer da Advocacia Geral da União – AGU, por meio do Parecer N. AGU/LA-01/2001 (anexo ao parecer GM-020), nos autos do Processo nº 00001.006908/2000-25, que tratou o tema da seguinte forma: “ASSUNTO: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE O BANCO CENTRAL DO BRASIL E O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. EMENTA: 1. Consulta sobre conflito de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. 2. As posições conflitantes: Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central de um lado, e Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do CADE e estudo do Dr. Gesner Oliveira, de outro. 3. Cerne da controvérsia. 4. Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis”.

vemos prevalência de normas de setores regulados às disposições do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e nem mesmo o fato de um único comportamento estar tipificado como infração administrativa no CDC e setor regulado pode ser entendido como violação ao princípio do *no bis in idem*.

Diante desta complementariedade de atividades do agente regulador e dos órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor, assim como ocorre com os órgãos reguladores da Concorrência, tem sido comum o estabelecimento de chamadas operações conjuntas entre Procons e Órgãos como Vigilância Sanitária, Inmetro, Agência Nacional de Petróleo - ANP, etc.

O aparente objetivo de referidas parcerias é estabelecer bases de cooperação técnica, na qual cada órgão dentro de suas especificidade técnica e atribuições específicas de fiscalização auxiliem-se mutuamente, resultando numa proteção e defesa mais eficaz ao consumidor, aos setores regulamentados e ao bem coletivo em geral.²⁶¹

²⁶¹ Podemos citar como exemplo os seguintes atos de cooperação: 1 – Termo de Cooperação assinado em 23/03/05 entre o Instituto de Pesos e Medidas do Paraná (Ipem) e a Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) com o objetivo de intensificar a fiscalização sobre produtos comercializados em todo Estado do Paraná; 2 – Em ação integrada dos fiscais do Procon Estadual, da Receita Estadual e da Agência Nacional do Petróleo (ANP) foram apreendidos mais de 300 mil litros de gasolina adulterada com adição de solventes em várias cidades de Minas Gerais no mês de setembro de 2003. O trabalho dos fiscais da Receita Estadual permitiu a localização dos postos que receberam o combustível. Os fiscais do Procon recolheram amostras do produto que, conforme o convênio firmado com a ANP, foram enviadas para análise no laboratório da UFMG, confirmando a adulteração por adição de solvente em todas elas. 3 - Uma operação conjunta da Secretaria da Receita Estadual da Paraíba, Ministério Público Estadual, Procon Municipal e Inmetro fiscalizou postos revendedores de combustíveis na Grande João Pessoa em dezembro de 2004; 4 - O Procon-SP e o Ipem-SP, realizaram em março de 2004 fiscalização conjunta na cidade de Ribeirão Preto, em parceria com seus órgãos locais.

Questão relevante está ligada aos valores das sanções administrativas impostas por diferentes órgãos, dependendo de cada setor. A Lei nº 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478/97, estabelece em seu artigo 3º, XV que “deixar de fornecer aos consumidores as informações previstas na legislação aplicável ou fornecê-las em desacordo com a referida legislação” pode acarretar em multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A mesma infração, se analisada com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, poderia impingir ao infrator multa de até 3.000.000 de UFIR, aproximadamente R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Portanto, proibir a aplicação de sanção por órgãos ou entidades diversas, que atuam sob diferente *ratio* para fiscalização e imposição de penas, é beneficiar de forma indevida o malfeitor.

Não enxergamos violação a nenhum princípio ou norma de direito a aplicação de Sanções Administrativas por Órgãos regulamentares específicos e também por órgãos de defesa do consumidor, quando um mesmo fato infringir tanto disposições do Código de Defesa do Consumidor e quanto a Legislação Específica de Setores Regulados.

4 – Infrações Continuadas

Há, ainda, situações em que determinada conduta, por sua própria natureza, será de controvertida tipificação como fato único.

Imaginemos, por exemplo, um determinado fornecedor que impute nos seus mais diversos contratos uma mesma cláusula contratual considerada abusiva pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da utilização compulsória de Arbitragem. Será que cada contrato assinado por um consumidor poderia fundamentar um auto de infração diferente, inclusive com penalidade independente um do outro?

Ou ainda, um fornecedor que tenha colocado no mercado de consumo um lote inteiro de um produto alimentício sem a indicação do prazo de validade, ou mesmo sem a correta informação acerca de sua composição química e riscos para consumidores portadores de determinadas doenças, como diabetes, por exemplo; será que pode ter instaurado contra ele um auto de infração independente para cada embalagem do produto apreendida, sofrendo, da mesma forma, sanções independentes? O mesmo podemos pensar para diversas outras situações.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou esta questão quando do Julgamento do Recurso Especial nº 60.648/PR, onde era Recorrente a empresa

Transportes Apolo Curitiba Ltda. e Recorrido, a Superintendência Nacional do Abastecimento – SUNAB.

Em 1999, referida empresa vendeu refrigerantes acima do preço tabelado e, em dois dias de fiscalização pela SUNAB, constataram-se 295 notas de venda de refrigerantes, tendo os fiscais aplicado multa de 500 BTNS para cada uma das notas fiscais de venda encontradas, totalizando uma multa correspondente a 147.500 BTNS.

Analisando tal questão, entendeu por bem o STJ *“que as infrações seqüenciais violadoras do mesmo objeto da tutela jurídica e vinculadas por afinidade, aos mesmos elementos factuais, constituem comportamento de feição continuada, que devem estar sujeitas a uma única sanção, aplicada consoante a sua intensidade, reiteração e conseqüências danosas a economia popular”*.

Referida decisão não é entendimento isolado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça²⁶². No mesmo sentido o Ministro Humberto Gomes de Barros, quando da

²⁶² No mesmo sentido estão as seguintes decisões; Recurso Especial nº 11.220, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins publicado no DOU 23/05/1994; Recurso Especial nº 74.083, Relator: Ministro José de Jesus Filho, publicado no DOU 4/12/1995; Recurso Especial nº 74.106, Relator: Ministro José de Jesus Filho publicado no DOU 25/03/1996; Resp. 20954, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 31/08/1994. A ementa deste último recurso mencionado bem espelha o entendimento dos demais, vejamos: *“ADMINISTRATIVO - SUNAB - LEI DELEGADA N. 4/62 – INFRAÇÕES CONTINUADAS - MULTIPLICIDADE DE AUTOS. 1. AS INFRAÇÕES SEQUENCIAIS, VIOLANDO O MESMO OBJETO DA TUTELA JURÍDICA, GUARDANDO AFINIDADE PELO MESMO FUNDAMENTO FÁTICO, CONSTITUINDO COMPORTAMENTO DE FEIÇÃO CONTINUADA, ESTÃO SUJEITAS A UMA ÚNICA SANÇÃO, APLICADA E GRADUADA CONFORME A SUA INTENSIDADE, REITERAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS DANOSAS À ECONOMIA POPULAR. TIPIFICAÇÃO QUE DEVE SER*

relatoria do Recurso Especial nº 19.560, julgado em 15 de setembro de 1993, ratificou que a sanção administrativa, por guardar íntima afinidade estrutural e teleológica com as sanções penais, exigiria aplicação do princípio consagrado no artigo 71 do Código Penal, segundo o qual quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Concordamos com a solução dada pelo STJ, no caso acima, desde que as autuações tenham sido realizadas pelo mesmo órgão de Proteção e Defesa do Consumidor, o que está longe de ser uma questão fácil ou de entendimento pacífico.

Entendemos, todavia, que este tema deva ser analisado conjuntamente com a questão ligada à atuação concorrente dos diversos órgãos com capacidade de fiscalização e imposição de sanção com base no Código de Defesa do Consumidor, como tratamos acima.

Se empresas, como dissemos, venham a redigir e firmar diversos contratos com cláusulas abusivas, ou mesmo coloquem produto no mercado com informação ineficiente, isso em diversos Estados e Municípios, e em virtude de tal

comportamento venham a sofrer a imposição de sanções por diversos órgãos com poder de fiscalização e sanção com base no Código de Defesa do Consumidor dos diferentes territórios, nosso entendimento é pela possibilidade e legalidade de tais autuações, desde que se respeite o princípio da proporcionalidade e razoabilidade da pena aplicada.

Muitas vezes a melhor solução para estes casos de conflito tem sido deixar a aplicação da Sanção ao encargo do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, quando a abrangência ou reflexo do comportamento infrativo do fornecedor tiver abrangência nacional, ou mesmo deixar ao encargo do Órgão Estadual, quando os reflexos forem em mais de um Município do Estado. Acreditamos que desta forma a aferição e respeito ao princípio da proporcionalidade sejam alcançados mais facilmente.²⁶³

²⁶³ Em Acórdão proferido nos autos do Recurso de Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00093192-9, julgado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a Recorrente Schering do Brasil, pretendeu anular multa imposta pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor sob a alegação de possuir sede em São Paulo, motivo pelo qual a Autoridade competente para lhe impor a sanção seria o Órgão Estadual (Procon de São Paulo) e não o Órgão Federal (DPDC). Nesta parte, assim se manifestou o Exmo. Relator, Des. Julier Sebastião da Silva: “(...) *No que tange à incompetência do órgão que procedeu a autuação, não merecem guarida as razões da primeira Recorrente. Dentre as competências inerentes ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor estabelecidas pelo Decreto n. 2.181/97, estão as de receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades que representem pessoas jurídicas de direito público ou privado e fiscalizar, aplicando sanções administrativas, nos termos da Lei n. 8.076/90 e demais normas que defendam os interesses do consumidor. Ora, a competência do órgão Impetrado é de nível nacional pois, e embora esteja a empresa Impetrante situada no Estado de São Paulo, a comercialização do medicamento microvlar é feita em todo o país, nos termos do art. 3º do Decreto n. 2.181/97*”.

No entanto, em virtude da expressa disposição do artigo 24, VIII da Constituição Federal²⁶⁴, achamos possível, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade²⁶⁵, a imposição de sanção por diversos Procons estaduais e municipais das “regiões atingidas”, muito embora a prática nos tem demonstrado que respeitar tal princípio com a imposição de inúmeras sanções é medida de difícil, senão impossível execução.

²⁶⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

²⁶⁵ Sobre o princípio da proporcionalidade escreveu Paulo Bonavides: “...O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere à Constituição, sem todavia explicitá-lo...A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: Incisos V, X, XXV do Art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos...”. Curso de Direito Constitucional, Malheiros Editores, São Paulo, 7ª edição, 1997, p. 395.

CONCLUSÃO

Identificamos as várias possibilidades e conceituações da idéia de sanção, prevalecendo no caso das sanções administrativas o aspecto punitivo e desestimulativo da penalidade.

O certo é que o desenvolvimento de uma teoria sobre o direito administrativo sancionador ainda está longe de ser alcançada, mas já podemos identificar a necessidade e urgência de critérios autônomos para aplicação das sanções administrativas, ainda que de certa forma influenciados pelo Direito Civil e Penal.

Esta necessidade de desenvolvimento de uma teoria autônoma mostrou-se quando da discussão acerca da exigência da análise de culpa como pressuposto do ato sancionatório, assim como é exigido para imposição das sanções penais. Obviamente, que neste caso não se poderiam confundir situações diversas – ilícito administrativo e ilícito penal – ao se exigir comportamento culposos para aplicação da sanção administrativa, salvo expressa cominação legal como é o caso dos profissionais liberais.

Também enfrentamos a difícil discussão acerca da possibilidade de imposição de sanções administrativas com base em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo dos artigos 39, V, 51, IV, dentre outros. Concluimos pela possibilidade de utilização de tais artigos, mesmo porque não tem

o legislador capacidade de tipificar com total precisão todos os possíveis comportamentos lesivos aos consumidores, inclusive pela criatividade daqueles que de forma maliciosa empreendem no mercado de consumo.

De qualquer forma a utilização das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, ato vinculado do agente responsável pela fiscalização e sancionamento administrativo, estará sujeita à eventual confirmação judicial acerca do aspecto infrativo da conduta.

Outro tormentoso aspecto discutido diz respeito à possibilidade de aplicação de determinada sanção administrativa, quando a lesão se apresenta decorrente de fato único, prejudicando um único consumidor sem qualquer reflexo para coletividade.

Nosso entendimento é fiel à necessidade de verificação de reflexo coletivo da lesão aos consumidores para que se viabilize a aplicação da sanção administrativa ou, sendo individual o dano, que diga respeito à saúde e segurança do consumidor, aspecto que por si só já goza de interesse para atuação da administração.

Obviamente que para análise do reflexo social do ato danoso, é preciso que se verifique no caso concreto qual é abrangência territorial da atividade daquele causador do dano. Um mercado que atenda a um pequeno bairro da cidade de São

Paulo não precisa causar dano a toda cidade para que tenhamos reflexo social do ato danoso, bastando que prejudique apenas parte da comunidade que lhe cerca.

Preenchidos os pressupostos, ficará a dúvida sobre qual regime de processual deverá o agente administrador obedecer: Decreto n ° 2.181/97, Portarias do próprio Órgão, Lei Federal de Processo Administrativo ou Leis Estaduais de processo administrativo.

Fixamos nosso posicionamento sobre a complementariedade de tais normas, obviamente prevalecendo, em caso de conflito, as disposições da Lei Federal de Processo Administrativo, quando o ato sancionador tramitar pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, ou a Lei Estadual de processo administrativo, quando a sanção foi imposta por órgãos Estaduais da administração Pública.

Restou, então, discutir a respeito da competência para imposição das sanções administrativas quando o mesmo fato estiver tipificado em diversas normas, com competências de entes diferentes para imposição de sanção, a exemplo do que ocorre com os setores regulados, como a comercialização de combustíveis. Em caso de lesão ao consumidor, qual órgão é o competente para atuar: Procon ou Agência Nacional de Petróleo – ANP?

Antes mesmo de responder a tal indagação, firmamos o posicionamento de que só haverá o duplo sancionamento sobre o mesmo fato (*bis in idem*), se os diversos atos sancionatórios penalisarem o mesmo sujeito com base no mesmo fato e fundamento (jurídico e natureza do direito tutelado).

Tal constatação nos permitiu concluir pela possibilidade de aplicação de várias sanções, ainda que pelo mesmo fato, aplicadas por órgãos diversos da administração pública desde que com fundamentos jurídicos diversos, como comumente ocorre nos casos de distribuição de combustíveis (Procon, IPEM, INMETRO e ANP), o mesmo se dizendo de outras agências, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA dentre outras.

Por fim, analisamos o possível conflito entre órgãos que compõem a parte pública do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor em sentido estrito (eminentemente os Procons) quando a extensão do dano ultrapassa municípios e estados que possuem estes entes na sua estrutura administrativa. Quem é competente para autuar? Poderá haver múltiplas autuações? Essas autuações podem superar o valor de 3.000.000 de UFIR, como prevê o artigo 57 do CDC?

Nos manifestamos pela possibilidade de atuação independente de cada ente administrativo tanto pelo mandamento constitucional do artigo 24, VII como pelas disposições do artigo 55 do CDC. No entanto, a prática e a observação nos tem inclinado a opinar que em se tratando de dano de abrangência estadual, deve se

deixar ao Procon da Capital a Autuação, assim como também se deve deixar ao DPDC a autuação em se tratando de dano cuja extensão seja nacional, tudo a fim de se evitar penalidades desproporcionais e sem razoabilidade.

Quanto às multas, principal sanção aplicada para o caso de descumprimento das normas do CDC, ficou nossa crítica quanto aos critérios utilizados e quase absoluta ausência de discernimentos objetivos para dosimetria da pena.

Sugerimos a real identificação do dano, vantagem auferida pelo infrator e sua condição econômica, esta última sendo analisada não com base no lucro bruto da empresa, mas sim em razão do lucro auferido exclusivamente pelo produto causador do dano.

Ressaltamos a importância da análise conjunta dos três pressupostos – vantagem, gravidade do dano e capacidade econômica – como expressamente prevê o artigo 57 do CDC, já que pela sua complementariedade a exclusão de um pode comprometer a proporcionalidade e razoabilidade da multa a ser aplicada.

Fica então nossa esperança de ao menos ter contribuído, ainda que com um certo acanhamento, para o aprofundamento do estudo e debate sobre o tema das sanções administrativas. Por isso já nos damos por satisfeitos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Leili Odete Campos Izumida; SOUZA, José Carlos Peres de. *Direito de Ampla Defesa e Processo Administrativo*. Revista dos Tribunais, vol 695, setembro de 1993, p. 78-92.

ALVES, Othon Moreno de Medeiros. *Agências Reguladoras e Proteção do Consumidor de Serviços de Telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, vol 226, outubro/dezembro de 2001, RENOVAR, pág. 219-229.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Renovar, nº 209: 189-222.

AMARAL GARCIA, Flávio. *Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que atuam no campo dos Serviços Públicos*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2002 p. 241-255.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Ordenamentos Setoriais e as Agências Reguladoras Independentes*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2000 p. 87-136.

_____. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes – Uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais.*

Revista dos Tribunais. São Paulo vol. 786, abril de 2001, p. 11-55.

_____. *O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico.* Revista dos Tribunais. São Paulo vol.800, junho de 2002, p. 65-93.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição. 2ª ed.* São Paulo: Malheiros, 1998.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo, 12ª edição,*

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2000

_____. *Serviço Público e Poder de Polícia: Concessão e Delegação.* Revista Trimestral de Direito Público. Nº 20. São Paulo. Malheiros: 1997, p. 21-28.

BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach.* In: POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco (coord.). *Law and Economics. Other Areas of Private and Public Law, Vol. II.* Imprenta Cheltenham, UK : Lyme, US Edward Elgar Publishing 1997, pág 402-424.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Código de Defesa do Consumidor: Sanções Administrativas e Penais*. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, número 8 – 4º Trimestre – Outubro/Dezembro 1990.

BERTRAN, Maria Paula. *Dosimetria das Sanções no Direito Antitruste: Análise da nova jurisprudência brasileira sob a perspectiva da deterrência*. Revista de Direito Mercantil, nº 133, p. 187-194.

BEZNOS, Clovis. *Poder de Polícia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

BOBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti/ apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. *Valores a serem considerados no controle jurisdicional da administração pública: Segurança Jurídica – Boa-fé – Conceitos Indeterminados – Interesse Público*. Revista Interesse Público. Ed. Notadez, v. 15, 83-96, 2002.

BUCHANAN, James M. *Buena Economía – Mal Derecho*. In: ROEMER, Andrés (coord.). *Derecho y Economía: Una Revisión de La Literatura*. México: Centro de

Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, AC. Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 123-132, 2000.

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents legal and economic analysis*. Imprenta New Haven Yale Univ. Press 1970.

CALAIS-AULOY, Jean; **Steinmetz**, Frank. **Droit de la consommation**. 4e édition, Paris: Dalloz, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo, Max Limonad: 2000.

_____ *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad. 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da; LESSA MATTOS, Paulo Todescan.(coord). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Calus Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de António Menezes Cordeiro, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Almedina 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Sérgio Antonio Fabris Editor.

CARRAZA, Roque Antônio. *Responsabilidade Administrativa por Lesão ao Consumidor - competência Estadual para Disciplinar a Matéria*. Justitia, São Paulo, vol. 139. 1987 – jul/set. 122/140.

CARNELUTTI, Francesco. *CÓMO NACE EL DERECHO*, Reimpresión de la tercera edición, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Editorial Temis S.A

– Santa Fé de Bogotá – Colombia, 1998.

_____. *Teoria Geral do Direito*. tradução Antônio Carlos Ferreira. – São Paulo: LEJUS, 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: De Palma, 1995

_____. *Derecho Administrativo. 5 ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1996, v.2 .*

CALMON DE PASSOS, J.J. *O Processo Administrativo na Constituição de 1988*. Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 8, julho-setembro de 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 168-173.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico'. In RDM 15-16/90, 1974.

COOTER, Robert D. *Economic Analysis of Punitive Damages*. In: POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco (coord.). *Law and Economics. Other Areas of Private and Public Law, Vol. II*. Imprensa Cheltenham, UK : Lyme, US Edward Elgar Publishing, 1997, pág 402-424.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. Traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana, - Giadaçakara - México, 1996.*

CONTRIM NETO, A.B. *Do contencioso administrativo e do processo administrativo – no Estado de Direito*. Revista de Informação Legislativa, nº 95, julho-setembro 1987. Publicação Trimestral da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, pp. 141-156.

_____. *Código de Processo Administrativo – Sua necessidade no Brasil*. Revista de Direito Público, nº. 80 outubro/dezembro de 1986, pp. 34-54.

COUTO E SILVA, Almiro. *Poder Discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 179/180, pp. 51-67, jan./jun 1990.

CRETELA JÚNIOR, José. *Conflito de Atribuições no Direito Administrativo*. Revista da Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas São Paulo: Saraiva, 2002*.

DALLAZEM, Dalton Luiz. *O Princípio da Ampla Defesa e a “Competência” dos Tribunais Administrativos para apreciarem matéria Constitucional*. Revista dos Tribunais, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, nº 23 – Abril-Junho 1998, pp. 118-127.

Dicionário de Filosofia, de Nicola Abbagnano, editora Mestre Jou, 2º ed.

Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. Editora Nova Fronteira, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo 15ª ed, São Paulo: Atlas 2003, pág*

_____ . Discrecionariedade administrativa na constituição de 1988. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ECO, Umberto e Carlo Maria Martini. *Em que crêem os que não crêem?* São Paulo: Record, 2001.

EFING, Antônio Carlos. *O Dever do Banco Central do Brasil de Controlar a Atividade Bancária e Financeira, Aplicando as Sanções Administrativas Previstas no Sistema de Proteção do Consumidor*. RT, Revista de Direito do Consumidor vol. 26 abril/junho – 1998 pág. 18/22.

ENTERRÍA, García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ed. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

ENTERRÍA, García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo, tomo II*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1995.

_____ *Curso de Direito Administrativo, tomo II*. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2004.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. *Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo e Constituição de 1988*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1/1993, pp. 84-87.

FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Litígio Constitucional entre Estados-Membros e a Competência do STF*. Revista de Direito Administrativo, v.1 6-12. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1999, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutora Celso Antônio Bandeira de Mello.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3º ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____ *Manual de direitos do consumidor*. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Comentários à Legislação antitruste – Rio de Janeiro. Forense, 2001.*

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 240.*

GARCIA, Flávio Amaral. *Conflito de Competência entre o CADE e as Agências Reguladoras que Atuam no Campo dos Serviços Público.* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2002, Ed. Lumem Juris, 241/255.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Regulação Administrativa de Serviços Públicos de Telecomunicações e Proteção ao Consumidor.* Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, V. 6 nº 14 – 255/286 – jul/dez. 2001.

GREGORI, Maria Stella. *A Normatização dos planos privados de assistência à saúde no Brasil sob a ótica da proteção do consumidor.* Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de Direitos Difusos, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior, São Paulo, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3º ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor, algumas notas”. In: Revista do Consumidor nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do Direito Público: Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Nota sobre os conceitos jurídicos*. Revista de Direito Público, n. 74, pp. 217-221.

_____. *Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, vol. 183, janeiro-março 1991. Renovar, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos – O Breve Século XX*”, São Paulo: Companhia das Letras, 2ª ed., 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KORNHAUSER, Lewis A. *El Nuevo Análisis Económico Del Derecho: Las Normas Jurídicas Como Incentivos*. In: ROEMER, Andrés (coord.). *Derecho y Economía: Una Revisión de La Literatura*. México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, AC. Instituto Tecnológico Autônomo de México, pp. 19-50, 2000.

LUHMANN, Niklas. *O Direito a Sociedade*. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate.

_____. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileira, 1985.

_____. *Introducción a La Teoría de Sistemas: publicado por Javier Torres Nafarrate*. Universidad Iberoamericana, - Guadalajara - México, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª edição – tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAZZARINI, Álvaro. *Limites do Poder de Polícia*. *Revista de Direito Administrativo*, vo.1 198, outubro/dezembro de 1994, *RENOVAR* pág. 69/83.

_____. Do Poder de Polícia; Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, Lex Editora, v; 63, p. 20.

_____. Sanções Administrativas Ambientais. *Revista de Direito Administrativo*, vol 214, outubro/dezembro de 1998, *RENOVAR* pág 115/127.

_____. *Tutela Administrativa e Relações de Consumo*. Revista Forense, vol 323 – 1993, julho – agosto – setembro, pág.14/20.

_____. *Tutela Administrativa e Relações de Consumo*. Justitia, vol 160 – 1992, out./dez., pág 137/157.

L'HEUREUX, Nicole. *Acesso Eficaz à Justiça*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, 1993 vol. 5, pág. 5/26.

LORENZO, Susana. *Sanciones Administrativas*. Montevideo: Julio César Faira Editor, 1996 p. 8.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: aspectos práticos: perguntas e respostas*. – 2. ed. – Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *La Globalización, La Regulación y el Derecho del Consumidor*. In <http://islandia.law.yale.edu/sela/macedos.pdf>

_____. Palestra proferida na ANATEL no dia 03/09/02 in http://www.anatel.gov.br/conheca_anatel/apresentacao/ouvidoria/palestra_codigo_consumidor.pdf

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARIO FILHO, Carlos. *Auto-Executoriedade e prudência administrativa*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, Vol 5.

MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2002”.

_____. *Análise da relação da legislação especial sobre planos privados à saúde. Mimeo. 2000*. (parecer elaborado para Agência Nacional de Saúde Suplementar).

_____, **BENJAMIN, ANTÔNIO HERMAN V.; MIRAGEM, BRUNO** **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por ÓRGÃO Regulador do Setor de Energia Elétrica*. Boletim de Direito Administrativo, nº 12, dezembro de 2002. Editora NDJ, 2002, pp. 945-960.

MEDAUAR, Odete. *Poder de Polícia*. In Revista de Direito Administrativo, nº 199, janeiro/março. 1995. RENOVAR;

_____. *Regulação e Auto-Regulação*. In Revista de Direito Administrativo, nº 228, abr./jun. 2002. RENOVAR, pág 123-128 91.

MEIRELES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro, 26ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2001, p. 124.*

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*, Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Melo, São Paulo, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. *A nova Concepção do princípio da legalidade no controle da administração pública*. Interesse Público, Revista Bimestral de Direito Público. Notadez:n 21, p. 81-89, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

_____. *A Independência das Agências Reguladoras*. Boletim de Direito Administrativo, nº 6, junho de 2000. Editora NDJ, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. In: “Revista do Consumidor nº 3”. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais.

NERY JÚNIOR, NELSON e NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. **Novo Código Civil e legislação extravagante em vigor**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, Vol. 219 – janeiro/março de 2000. RENOVAR, pág 127-151.

OLIVEIRA, REGIS. *Sanções Administrativas*, Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Melo, São Paulo, 1984.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico Del Derecho. Una reconstrucción Teórica*. Centro de Estudios, Constitucionales Madrid, 1994.

PELLICER. Ángel Blasco. *Sanciones Administrativas en el orden social*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

PENTEADO JR., Cassicio M.C. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. Justitia, São Paulo, Vol. 160, 1992 out/dez.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reparação Civil por Danos Morais, RT. 3ª ed.*

PERES, Adolfo Carretero & SANCHES, Adolfo Carretero. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1992, pp. 151/152.

_____. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editoriales de Derecho Reunidas. Segunda Edición. 1995.

PICARD. Edmond. *O Direito Puro*. Lisboa. José Bastos&Cia Editores, 1942.

PINDICK, Robert S., RUBINFELD, Daniel L. *Manual de Microeconomia*. São Paulo, Prentice Hall, 2002, pág. 4.

PIZZARRO, Thiago Rodrigues. *Alteração da base objetiva do negócio jurídico no sistema brasileiro de defesa do consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de Direitos

Difusos, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior, São Paulo, 2005.

POSNER, Richard. *A. Economic Analysis of Law*. Aspen Law & Business, 5th ed . Imprensa New York Aspen Law & Business c1998.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El Principio: non bis in idem*. Madrid. Dykinson: 2004.

RÁO, Vicente. *O Direito e A Vida dos Direitos*. Max Limonad, 1º vol. 1952.

_____ *O Direito e A Vida dos Direitos*. *Revista dos Tribunais*, 2 vol. 1991.

RIOS, Josué. *A defesa do Consumidor e o Direito como Instrumento de Mobilização Social*. São Paulo: Muad, 1998.

RIZZATO NUNES. Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004

_____ *Manual da Monografia Jurídica* São Paulo: Saraiva, 1999.

ROEMER, Andrés (coord.). *Derecho y Economía: Una Revisión de La Literatura*. México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, AC. Instituto Tecnológico Autônomo de México, p. 102-122, 2000.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru. Tradução e notas de Edson Bini. Edipro. 2000.

SALGADO, Lúcia Helena. *Agências Regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Março, 2003, Texto para Discussão no IPEA.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. Editora Malheiros : São Paulo, 2000.

_____ *Direito Concorrencial – As estruturas*. Editora Malheiros: São Paulo 2002.

SCARPINELLA BUENO, Vera Cristina Caspari Monteiro. *As leis de procedimento administrativo. Uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 10, nº 39 Abril-Junho de 2002. São Paulo:RT, pp.267-288.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. Malheiros, 13ª ed., 1997.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

SODRÉ, Marcelo Gomes. A Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Avanços e Retrocessos Legislativos”. Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior, São Paulo, maio de 2003.

_____. “As Leis Principiológicas de Defesa do Consumidor na América Latina: Origens Importância e Principais Disposições”. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de Direitos Difusos, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Pacheco Fiorillo, São Paulo, outubro de 2000.

_____. *Críticas ao Decreto Federal 861 que regulamentou o CDC e Apresentação de Propostas para sua Alteração*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 10, 1993, pág. 27-47.

SHAVELL, Steven. El Derecho Penal y El uso óptimo de Sanciones no Monetarias Como Medida de Disuasión. In: ROEMER, Andrés (coord.). *Derecho y Economía: Una Revisión de La Literatura*. México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, AC. Instituto Tecnológico Autônomo de México, p. 437-469, 2000.

SILVA NETO, Marcelino R. da. *A Regulamentação das Sanções Administrativas do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 9 janeiro/março 1994 pág. 27-47.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A defesa nas sanções administrativas*. São Paulo, Revista Forense: 1987, vol. 298, pág 99/106.

_____ *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da; LESSA MATTOS, Paulo Todescan.(coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 29-48.

_____. *Sistema Constitucional das Competências*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1/1993, 273-281.

SUNDFELD, Carlos Ari. MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As Leis de Processo Administrativo (Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98)*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Princípio da Legalidade e Poder de Polícia*. Revista de Direito Administrativo, Vol 227 – janeiro/março de 2002. RENOVAR, pág 39/45.

_____. O Abuso do Poder Administrativo no Brasil – Conceito e Remédios; edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959.

_____. *Agências Reguladoras da Administração. Revista de Direito Administrativo*, vol 221, ju/set. 2000, *RENOVAR* pág 1-5.

VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. Boletim de Direito Administrativo, nº 11, novembro de 1994. Editora NDJ, 1994, p. 658-671.

_____. *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. Revista de Direito Administrativo, vol 207, janeiro/março 1997. Renovar. Rio de Janeiro. 1997, pp.1-19.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. *Sanções Administrativas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2002, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello.

WALD, Arnold. Parecer. *Concessão de Serviço Público – Poder de Polícia – Equação Econômico-Financeira. Das Atribuições e responsabilidades do poder Concedente e da Concessionária, frente às situações de interferência urbana provocadas por boicote ao pedágio de rodovia objeto de concessão.* Revista de Direito Administrativo, Vol. 228 – abril/junho de 2002. RENOVAR, pág 290/310.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. *Agências reguladoras.* Revista de Informação Legislativa, nº 141 janeiro/março de 1999. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, pp. 143-171.

SITES CONSULTADOS

<http://islandia.law.yale.edu> – Site da Yale Law Scholl.

www.mj.gov.br/dpdc – Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.

www.cade.gov.br – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

www.portaldoconsumidor.gov.br – Portal de Defesa do Consumidor do Governo Federal.

www.portaldaconcorrencia.gov.br – Portal de Defesa da Concorrência do Governo Federal.

www.fazenda.gov.br/seae – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

TRIBUNAIS

www.tribunalconstitucional.es/ – Tribunal Constitucional da Espanha.

www.tj.to.gov.br – Tribunal de Justiça de Alagoas.

www.tj.am.gov.br – Tribunal de Justiça do Amazonas.

www.tj.ba.gov.br – Tribunal de Justiça da Bahia.

www.tj.ce.gov.br – Tribunal de Justiça do Ceará.

www.tjdf.gov.br – Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

www.tj.mta.gov.br – Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

www.tjmg.gov.br – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

www.tj.pa.gov.br – Tribunal de Justiça do Pará.

www.tj.pb.gov.br – Tribunal de Justiça da Paraíba.

www.tj.pr.gov.br – Tribunal de Justiça de Paraná.

www.tjpe.gov.br – Tribunal de Justiça de Pernambuco.

www.tj.pi.gov.br – Tribunal de Justiça do Piauí.

www.tj.rj.gov.br – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

www.tj.ro.gov.br – Tribunal de Justiça de Rondônia.

www.tj.rs.gov.br – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

www.tj.sc.gov.br – Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

www.tj.sp.gov.br – Tribunal de Justiça de São Paulo.

www.tjse.gov.br – Tribunal de Justiça de Sergipe.

www.tj.to.gov.br – Tribunal de Justiça do Tocantins .

www.trf1.gov.br – Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

www.trf2.gov.br – Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

www.trf3.gov.br – Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

www.trf4.gov.br – Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

www.trf5.gov.br – Tribunal Regional Federal da Quinta Região.

www.stj.gov.br – Superior Tribunal de Justiça.

www.stf.gov.br – Supremo Tribunal Federal.