

**FGV DIREITO SP**  
**MESTRADO PROFISSIONAL**

**Sanções Administrativas e Soluções Consensuais com a Administração Pública –  
Possíveis Externalidades da Resolução de Conflitos por Termo de Ajustamento de  
Conduta**

Projeto de pesquisa apresentado ao  
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão 1 de 30/09/2019

Alexandre Almeida da Silva

Orientadora: Juliana Bonacorsi de Palma

**1. TÍTULO DO PROJETO**

Sanções Administrativas e Soluções Consensuais com a Administração Pública –  
Possíveis Externalidades da Resolução de Conflitos por Termo de Ajustamento de  
Conduta.

**2. SUMÁRIO**

Pendente

### **3. INTRODUÇÃO**

O Estado Brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou a privilegiar a garantia aos direitos difusos como a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII; 24, VIII e 170, V da CF), e, neste caso, um verdadeiro sistema foi criado para colocar em prática esta prioridade. Para citar alguns a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (1990), a criação de Juizados Especiais (1995) a organização do sistema de defesa do consumidor por meio dos Programas de Defesa do Consumidor (PROCONs) no âmbito do municípios, estados e no ente federal, inicialmente pelo Departamento de Defesa do Consumidor (DPDC), posteriormente transformado na Secretaria de Defesa do Consumidor (SENACON), vinculada ao Ministério da Justiça.

Em matéria ambiental não foi diferente e o direito a um meio ambiente equilibrado e preservado escalou muito rapidamente os níveis de prioridade que antes era concedido ao tema, vide na Constituição Federal os arts. 23, VI e VII; 170, VI; 186, II e 225.

O Ministério Público ganhou protagonismo e passou a exercer de forma muito mais atuante a defesa dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III da Constituição Federal).

Em paralelo o Brasil passou por sua mudança mais drástica em relação ao ambiente econômico. Um país antes absolutamente estatista no qual a presença do Estado se fazia em setores tão diversos quanto a geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, prospecção de petróleo e produção de derivados (ainda que dependente das importações) e telecomunicações, optou por conceder à iniciativa privada a prestação destes serviços.

Ao mesmo tempo houve a superação da questão econômica mais marcante na história do Brasil, a inflação. O Plano Real conseguiu romper a frustração das tentativas anteriores de planos econômicos fracassados e controlar a inflação estabelecendo índices senão ideais, muito mais adequados a um país em desenvolvimento e que se investia da pretensão de estar entre as grandes nações no plano mundial.

Mais adiante, por incentivo de políticas públicas e programas de assistenciais, milhões de pessoas deixaram a condição de miserabilidade e passaram a ser consideradas consumidoras, a classe média cresceu, por mais que a desigualdade, traço característico da formação histórica e econômica do Brasil, não tenha sido resolvida.

Neste contexto a geração de uma nova cultura de valorização, especialmente do consumidor, mas também de outros direitos difusos, foi alimentada pelos meios de comunicação de massa, que passaram a difundir ostensivamente os problemas do mercado de consumo e os “novos” direitos dos consumidores garantidos pela legislação que se inaugurava. O meio ambiente foi valorizado e a questão climática e da preservação do patrimônio histórico passaram a ser altamente consideradas em todas as esferas sociais.

Mas a mudança de perspectiva não ocorre apenas pela aculturação decorrente da difusão de informação ou pela pressão dos agentes do mercado, mas também, e principalmente, pelo poder de coação do Estado.

Assim, foi dentro desta perspectiva que a pesquisa busca a sua provocação.

Profissionalmente o autor atuou por dez anos no setor de telecomunicações e outros dez representando empresas do varejo, vivenciando as ferramentas de solução de conflitos extrajudiciais e judiciais, interagindo com órgão de defesa do consumidor (Procons e SENACON), Secretarias de Estado, Comissões Parlamentares, Agência Reguladora (ANATEL), Poder Judiciário e participando de audiências públicas.

Neste contexto, que se pode caracterizar como de litígio ou pré-litígio, a busca pelo consenso foi sempre um alvo almejado, mas usualmente inalcançável, seja porque às partes, cada uma em sua perspectiva, não viam nas proposições incentivos suficientes para se chegar a um bom termo, seja porque no Brasil houve uma opção de empoderamento do consumidor na adoção de soluções individuais, direcionando aquilo que deveria ser resolvido no atacado para o varejo, no qual a solução do consumidor singular era atendida (com a tutela pretendida acrescida quase sempre por indenizações chanceladas sob a alcunha de “danos morais”), mas, por outro lado, a coletividade não se via atendida, uma vez que para muitas empresas era mais eficiente (na perspectiva puramente econômica) pagar indenizações do que assimilar perdas decorrentes da correção de problemas complexos ou modelos de negócios viciados.

Deste modo, se criou um ambiente prejudicial às soluções de escala, pois se para a empresa mais atraente é a solução no varejo pagando sanções (multas e indenizações)

individuais, por outro, ao consumidor, nas situações de crise na relação de consumo melhor é buscar justamente a indenização que se reverte ao seu patrimônio, ao invés de tentar uma via administrativa que procure resolver a causa raiz do problema e que poderia se replicar em diversas outras situações idênticas, mas que não se converte em um acréscimo patrimonial.

Talvez por isso as resoluções não se fixem nas ferramentas consensuais. Apesar de haver suficientes normas para dar lastro às soluções consensuais, especificamente a lei 7.347/85, a lei 9.469/97, a lei 9.472/97 e o decreto-lei 4.657/42, todas ratificando a solução consensual das situações litigiosas ou pré-litigiosas, principalmente pelo Termo de Ajustamento de Conduta.

No entanto, parece haver dificuldades na implementação destes acordos. Inicialmente, deve ser cogitado se o problema não estaria na falta de segurança em relação a estabilidade do encerramento de questões litigiosas por Termo de Ajustamento de Conduta.

A experiência é suficiente para que um ponto de partida seja o sempre complexo processo de negociação, no qual o ente público costuma se cercar de todas as garantias de que o acordo será substancialmente cumprido, e isso, por si só, representa um risco, já que as multas, sempre muito elevadas, podem ser potencialmente mais agressivas do que o próprio resultado de uma condenação em Ação Civil Pública.

Mas não só o risco de descumprimento é uma situação de perigo. Não parece haver garantias de que o TAC de fato encerre a questão. A legalidade admite competência concorrente para vários entes da federação e seus respectivos órgãos de controle e fiscalização podem repetir a ação sancionatória que, pelo mesmo fato, pode se desdobrar em vários outros processos, e ainda que se possa cogitar o bis in idem como estratégia de defesa, a simples hipótese já funciona como um desestímulo.

#### **4. DELIMITAÇÃO DO TEMA**

Serão analisadas situações nas quais ocorreram externalidades, dentre as quais, mas não se limitando, ao descumprimento de termo de ajustamento de conduta seguida de

aplicação de multas e, especialmente, a sobreposição de investigações por atos infracionais encerrados por TAC (*bis in idem*).

As autoridades administrativas, no exercício do poder de polícia, precisam atentar aos fundamentos que justificam a atuação, bem como precisam observar limites legalmente instituídos. Somente este modelo de conduta pode incentivar os agentes econômicos a buscar soluções consensuais em substituição aos litígios judiciais que hoje são tidos como opção mais segura.

Das análises será realizado trabalho exploratório sobre as externalidades mais comuns e sobre recomendações possíveis para reforçar a adoção do Termo de Ajustamento de Conduta como modelo mais eficiente de encerramento de situações litigiosas perante órgãos do Estado, em especial agências reguladoras e Ministério Público.

## **5. PROBLEMA, OBJETO E OBJETIVO DA PESQUISA**

A abordagem em relação à temática já foi suficiente para apontar que não há segurança jurídica suficiente na conclusão consensual de questões litigiosas com o Estado, o que determina a subutilização de soluções que poderiam acelerar o encerramento de controvérsias, dar mais equilíbrio às relações com o Estado e reduzir custos de transação. Portanto, é necessária a busca por soluções mais eficientes e justas, no aspecto econômico e jurídico.

Para tanto será realizada a abordagem dos institutos, suas aplicações, normas e conceitos incidentes e análise de hipóteses para tentar construir um caminho no qual se possa com alto grau de assertividade determinar quando é recomendável a adoção da transação por Termo de Ajustamento de Conduta e quais devem ser os cuidados para evitar que externalidades possam incidir em prejuízo ao interesse da parte acordante.

Em síntese o que se pretende responder é quais são as normas jurídicas que fundamentam a solução consensual de conflitos com a Administração Pública? E quais são as possíveis externalidades negativas que deveriam ser consideradas antes da celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta? Como potencializar as soluções consensuais com o Estado?

Ao fim do trabalho, o resultado esperado da análise de casos concretos em aplicação com as soluções legais disponíveis em face de abordagem crítica da conduta das partes relacionadas (Estado e agentes econômicos), se possa alcançar a síntese do cenário atual e agregar recomendações suficientemente capazes de alterar o contexto para incentivar a realização de acordos, reduzindo assim os litígios e os custos de transação envolvidos.

## **6. JUSTIFICATIVA**

O tema do trabalho parte da disciplina de Sanções Administrativas e procura analisar a resolução consensual de conflitos pela elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Partindo de caso concreto no qual o acordo não encerrou a questão de forma definitiva, posto que, por comunicação meramente formal do ato de celebração do TAC, outro ente administrativo, inesperadamente, deu impulso a novo processo administrativo que, neste caso, convolou em sanção administrativa contra a companhia compromissária pela mesma conduta constante do compromisso de ajuste de conduta.

Do exercício da consensualidade na resolução de conflitos é esperada a solução de conflitos que, no curso das relações negociais com o Estado ou por consequência do exercício do poder de polícia se transformam em custos, por vezes de transação, e que de toda a forma oneram os negócios e tornam o ambiente mais complexo e arriscado, especialmente quando não se tem previsibilidade em relação ao comportamento adotado pela contraparte.

Atitudes oportunistas e que visem em última análise a expropriação ou o confisco não podem ser chanceladas, como também é dever evitar que a parte privada descumpra a Lei ou o contrato e depois vá buscar uma solução mais barata com um acordo que de consequência traz apenas o afastamento do ônus de penalidades, não a mudança de um comportamento prejudicial aos usuários, consumidores ou à sociedade.

Outrossim, quando a opção pelo consensualismo é realizada, o que se espera é que sobrevenha uma solução definitiva, mas nem sempre isso ocorre. Por exemplo, há um caso ainda em andamento que envolve empresa de varejo de grande porte e a Secretaria de Defesa do Consumidor, cujo resumo se passa a abordar.

Em 16 de outubro de 2013 empresa de varejo com atuação nacional celebrou com a representação de órgão de defesa do consumidor do interior de São Paulo um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para resolver um procedimento administrativo que tratava de denúncia por descumprimento do Código de Defesa do Consumidor consistente em suposta prática abusiva de comercialização de seguro de garantia estendida, de forma a embutir o prêmio do seguro no preço do produto, a chamada venda casada, prática vedada pelo art. 39, I da Lei 8.078/90.

No dia 18 de outubro de 2013, por intermédio do ofício nº 2197/2013, o Procon de Campinas comunica a celebração do TAC à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). Tomando conhecimento do fato, em sentido oposto da expectativa da empresa aderente, para avaliar o alcance nacional da conduta, a SENACON determinou pesquisa na base de dados do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), entre os anos de 2010 e 2013, e nestes três anos encontra 667 reclamações que reportavam “problemas com garantia” de consumidores da retratada empresa de varejo.

Deste período a SENACON destacou algumas reclamações que tinham teor similar daquelas que foram alvo da atuação do Procon, todas de período anterior à celebração do TAC. E, com fundamento no que foi levantado, iniciou processo administrativo que convolou na Nota Técnica 002/2015/CPA/CGCTPA/DPDC/SENACON que ao fim do procedimento impôs multa de R\$ 2.416.049,20 (dois milhões, quatrocentos e dezesseis mil, quarenta e nove reais e vinte centavos), valores históricos que remetem a março de 2015.

Dado o contexto fático algumas questões emergem, dentre elas está a viabilidade da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor aproveitar comunicação de encerramento de contenda por TAC assinado por órgão integrante do sistema nacional para impor sanção contra aquele que transacionou a resolução da investigação aceitando ajustar a sua conduta à prescrição legal. A questão que se cogita seria a ocorrência de *bis in idem*. Inclusive, se deveria suscitar se a conduta do Estado não se aproximaria do comportamento contraditório, proibido no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas este não parece ser um caso isolado. Outro pode ser mencionado e no qual empresa aérea firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público de São

Paulo e, posteriormente, pelo mesmo fato, foi autuada e, finalmente, sancionada pelo PROCON/SP - AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 419.369 - SP (2013/0353548-5).

Neste julgamento o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho resolveu a questão esvaziando a finalidade do ato administrativo do PROCON, considerando que a finalidade pública almejada pelo órgão de defesa do consumidor já havia sido alcançada pela celebração anterior do TAC.

Em paralelo, o ambiente da regulação de serviços concedidos e autorizados pelo Estado dá conta de que são corriqueiras as incursões da Administração para fiscalizar a atuação das empresas e as sanções decorrentes do exercício desta prerrogativa geraram, no curso dos anos, bilhões de reais decorrentes de penalidades, que, na visão do Estado, devem ser liquidados, mas na prática não são.

Relatório do Tribunal de Contas da União de setembro de 2017 divulgou que apenas a Agência Nacional de Telecomunicações aplicou, entre 2011 e 2014, R\$ 2,214 bilhões em multas (<http://www.telesintese.com.br/tcu-cobra-mais-transparencia-para-as-multas-das-agencias-reguladoras/>), destes, apenas 4,8% teriam sido efetivamente arrecadadas no mesmo período.

Há uma percepção corrente no meio social de que os serviços tem baixa qualidade, e esta não é uma exclusividade dos serviços públicos, e em geral, se observa que o cidadão médio não se sente bem atendido e por isso demanda a ação fiscalizatória e repressiva do Regulador. E é este contexto que denota uma situação na qual o Estado impõe sanção, mas, em regra, não recebe.

A empresa uma vez penalizada lança o crédito em contingência, realiza a provisão de parcela menor do débito, quando o faz, e litiga, inicialmente na via administrativa e, depois, judicialmente. A controvérsia perdura por anos e, quando não prescreve, muitas vezes acaba sendo revista pelo judiciário, pois na gradação das sanções o Estado por mais das vezes se excede, desatendendo a devida proporção e razoabilidade em razão das condições das partes, de seu comportamento progressivo, da gravidade da infração ou de seu reflexo econômico-financeiro.



É por esta razão que soluções consensuais deveriam ser aproveitadas para dar alavancagem para a melhor regulação de serviços, evitando litígios e entregando resultados práticos, rápidos e efetivos à sociedade, objetivo que somente será possível com absoluta segurança jurídica.

## **7. METODOLOGIA**

A metodologia do projeto está baseada no estudo de caso, na análise da legislativa, da doutrina, da jurisprudência e de análise de fontes primárias, processos administrativos e judiciais, por consulta ao sítio das agências regulatórias, Tribunais de Contas e dos Tribunais na rede mundial de computadores.

Serão avaliados casos cuja controvérsia esteja na hipótese de *bis in idem*, dentre outros que sejam fruto da pesquisa, integrarão a análise o processo 002/2015/CPA/CGCTPA/DPDC/SENACON e REsp 419.369 – SP, pois ambos retratam situação fática na qual um agente econômico firma termo de ajustamento de conduta com o ente público e, na sequência, sofrem novo processo sancionatório pela mesma razão de fato.

## **8. RELEVÂNCIA PRÁTICA, CARÁTER INOVADOR E POTENCIAL DE IMPACTO**

A relevância prática do contexto estudado pode ser muito bem ilustrada pelo Acórdão de nº 1970 do Tribunal de Contas da União que fez monitoramento e divulgou que entre 2011 e 2014 um percentual pouco superior a 10% do volume de multas aplicadas pelas Agências Reguladoras, Banco Central e Superintendência de Seguros Privados foram efetivamente arrecadadas. Em valores pecuniários este percentual foi de apenas 6,03%, conforme dado divulgado em matéria do veículo G1 (<https://g1.globo.com/economia/noticia/agencias-arrecadaram-603-do-valor-das-multas-aplicadas-entre-2011-e-2014-diz-tcu.ghtml>).

Assim, partindo da experiência que demonstra a baixa eficiência das sanções administrativas aplicadas, a efetividade das soluções consensuais constituem instrumento especialmente relevante e, ao nosso ver, subutilizado, para reduzir os litígios com a Administração e dar mais efetividade à atividade regulatória das agências e do Ministério Público, do Estado como um todo.

Ademais, quando tais soluções consensuais trazem mais incertezas do que conforto, a alteração do quadro ganha contornos de um desafio intransponível. E para ilustrar, há um caso concreto, já citado, no qual empresa fiscalizada por órgão municipal de defesa do consumidor integrado ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC) decide acatar proposta de resolução do processo de fiscalização mediante a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, o qual, em procedimento meramente formal, uma vez comunicado à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), lá foi tomado como se denúncia fosse, e isso determinou a abertura de novo processo que convolou na imposição de multa milionária contra a empresa fiscalizada.

Logo, a conclusão lógica aponta para o fato de que a consensualidade para a resolução de questões litigiosas com o Estado pode, algumas vezes, trazer mais prejuízos e insegurança jurídica, nestes casos, melhor seria não firmar acordos.

Assim, buscar entender o problema e aprofundar a análise para apontar as causas do fenômeno e possíveis caminhos para a alteração do quadro é o objetivo deste trabalho.

Por outro lado há mecanismos formais e informais de dissuasão que induzem o pagamento de multas, seja, por exemplo, o apontamento do débito no CADIN (Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados no setor público federal), seja, por exemplo, no caso das telecomunicações, pelos próprios leilões de lotes de faixas de frequência que obrigam a obtenção da regularidade fiscal e por vezes, como derradeira alternativa para participação no certame, forçam a liquidação dos créditos, decisão estritamente pragmática e comercial, mas, ainda assim, como dito antes, o percentual de conversão é muito baixo.

Também é possível cogitar que o não pagamento das multas reside mais na discordância com a dosimetria aplicada na gradação da pena do que na inconformidade com a apuração do descumprimento da obrigação. Por certo, e isso se buscará atestar no curso do trabalho, as teses de defesa estão mais pautadas no cumprimento substancial das obrigações, na ausência de razoabilidade e proporcionalidade do órgão sancionador, no afastamento da penalidade dos critérios de gravidade do ato, da mensuração do ganho indevido, do que no cumprimento efetivo da obrigação disposta em contrato.

O distanciamento em relação às posições do regulador e do regulado quando se trata de resolver a questão tratada revela que se está diante de uma disputa na qual não há vencedores. O Estado, não melhora o ambiente de negócios e os serviços, também não arrecada a multa e por isso não pode utilizar o crédito na conversão de ações que visem a melhoria de sua atuação ou a performance do próprio mercado, por outro, do Administrado, se ele não paga a multa, por outro lado assume um enorme custo de transação com a constituição de garantias, contratação de advogados, reconhecimento contábil de contingências extremamente ofensivas, dentre outros.

O padrão de tratamento da questão está posto, e não surte efeito positivo, pois as demandas judiciais além de perdurar por anos, criam uma superestrutura de resolução de conflitos com altos custos para toda a sociedade, e usualmente acabam reconhecendo o excesso e minimamente encontram soluções medianas que resolvem o processo, mas não o problema, daí a relevância do consenso e da solução útil para todas as partes.

## 9. REFERÊNCIAS

- MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO. *COMENTÁRIOS À LEI N° 13.655/2018 (LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA)/FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO E RAFAEL VÉRAS DE FREITAS*. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2019.
- OSÓRIO, FÁBIO MEDINA. *DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*. 6ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: THOMSON REUTERS BRASIL, 2019.
- PALMA, JULIANA BONACORSI. *SANÇÃO E ACORDO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. SÃO PAULO: SBDP/MALHEIROS EDITORES, 2015.
- SADDY, ANDRÉ; GRECO, RODRIGO AZEVEDO. *TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM PROCEDIMENTOS SANCIONATÓRIOS REGULATÓRIOS*.
- SUNDFELD, CARLOS ARI. *DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS*. 2ª EDIÇÃO. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2013.
- VORONOFF, ALICE. *DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO BRASIL*. BELO HORIZONTE: FÓRUM, 2018.
- SECRETARIA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Nota Técnica 002/2015/CPA/CGCTPA/DPDC/SENACON.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 419.369 – SP.

## 10. CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

Atividade	2019						2020												2021			Hs.	
	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3		
Escolha do tema																							5
Levantamento bibliográfico																							5
Anteprojeto de pesquisa																							10
Revisão bibliográfica																							5
Projeto de pesquisa																							15
Identificação das fontes prioritárias																							10
Versão preliminar do trabalho de conclusão																							25
Fichamento do marco teórico																							70
Resumo das principais fontes																							0
Versão intermediária																							25
Redação da dissertação																							90
Análise das pesquisas e aplicação aos quesitos																							30
Revisão da redação																							60
Versão provisória do trabalho																							20