

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS
FUNDAMENTAIS

Robson L. Sartori Fronchetti

CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE
DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROIBIÇÃO DE *BIS IN IDEM*

PORTO ALEGRE

2015

ROBSON L. SARTORI FRONCHETTI

**CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE
DEFESA DO CONSUMIDOR E A PROIBIÇÃO DE *BIS IN IDEM***

Monografia de Especialização do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Pós-Graduado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Prof. Dr. Bruno Nubens
Barbosa Miragem

PORTO ALEGRE

2015

Agradeço ao professor orientador Dr. Bruno Miragem pela dedicação e auxílio, bem como aos colegas e a minha querida Suelen.

RESUMO

O presente estudo pretende, de maneira sucinta, analisar a possibilidade de atuações concomitantes de órgãos de defesa do consumidor distintos, de modo a penalizar um fornecedor mais de uma vez por um mesmo fato. Para tanto, inicialmente, demonstrar-se-á a controvérsia existente acerca do conflito *vertical* de competências entre estes órgãos administrativos. Em segundo momento, serão analisadas a origem, evolução, perspectivas e funções do princípio do *non bis in idem*. Em terceiro lugar, explanar-se-á sobre a divergência na invocação do princípio e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da proibição do *bis in idem*. Por fim, serão apresentadas propostas para a solução do problema.

Palavras-Chave: Conflito de competência. Órgão de defesa do consumidor. Competências. Sanções. *Bis in idem*. Consumidor.

ABSTRACT

This paper aims to briefly examine the possibility of simultaneous actions by different consumer protection agencies in order to penalize a supplier more than once by the same act. To this end, initially, it will be demonstrated the controversy about the vertical conflict of jurisdiction between these administrative bodies. Secondly, it will be analyzed the origin, evolution, perspectives and functions of the principle of *non bis in idem*. Third, it will be explained about the divergences in invoking the principle, as well as, the positioning of the Superior Court of Justice about the prohibition of *bis in idem*. Finally, it will be presented proposals for the solution of the problem.

Keywordy: Conflict of jurisdiction. Consumer protection agency. Jurisdiction. Sanctions. Bis in idem. Consumer.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR	9
2.1 COORDENAÇÃO E COMPOSIÇÃO	10
2.2 <i>CONFLITOS VERTICAIS E HORIZONTAIS</i>	14
3 O <i>NON BIS IN IDEM</i> NAS SITUAÇÕES DE CONFLITO	17
3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO.....	18
3.2 PERSPECTIVAS E FUNÇÕES DO <i>NON BIS IN IDEM</i>	23
3.2.1 <i>Non bis in idem</i> processual	23
3.2.2 <i>Non bis in idem</i> sancionador	24
3.2.3 Funções do <i>non bis in idem</i>	25
3.3 A INVOCAÇÃO DO <i>NON BIS IN IDEM</i> NAS SITUAÇÕES DE CONFLITO	25
3.4 A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NOS TERMOS DO DECRETO 2.181/97 QUE REGULAMENTA O CDC.....	28
3.5 O ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA PRIORIDADE DE <i>BIS IN IDEM</i>	34
4 PROPOSTAS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	42

1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor surge no âmbito do direito privado, todavia, dá guarida à proteção pretendida pelo constituinte originário como um direito fundamental que tutela os interesses, inclusive patrimoniais, do cidadão, o qual é visualizado em posição de vulnerabilidade perante o fornecedor.

Assim, o CDC instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) que representa um instrumento que objetiva a viabilização da Política Nacional de Relações de Consumo no Brasil. Por meio desse Sistema, então, ocorreria o incentivo à articulação de órgãos públicos e da sociedade de modo geral na efetivação da proteção aos direitos consumeristas.

O SNDC, dentro dessa proposta, coordena órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, bem como entidades privadas de defesa do consumidor a fim de reprimir atos que violem interesses difusos, coletivos ou individuais de consumidores. Para tanto, tais órgãos detêm uma função fiscalizatória que os permite controlar e efetivar a repressão a infrações de fornecedores por meio de sanções administrativas, as quais atingem a esfera patrimonial do infrator.

Ocorre que, na prática, não são raras as situações em que órgãos administrativos que atuam diretamente na defesa dos direitos do consumidor aplicam, de forma simultânea ou sucessiva, sanções a determinado fato cometido por um fornecedor. Ou seja, em decorrência de um mesmo fato o fornecedor acaba sofrendo penalização dupla, ou ainda múltipla.

É, nesse momento, que se indaga a existência ou não de conflitos de competência entre estes órgãos que fazem parte do sistema. De mesmo modo, a duplicidade ou multiplicidade de procedimentos e penalizações administrativas em razão de um mesmo fato instiga a averiguação quanto à configuração ou não do *bis in idem*.

Com foco no *conflito vertical* de atribuições ou competências entre órgãos administrativos de defesa do consumidor, o presente estudo abordará além da temática dos referidos conflitos, o princípio do *non bis in idem*.

Para tanto, apresentar-se-á, inicialmente, o possível conflito de competências entre os órgãos de defesa do consumidor; a composição, estrutura e coordenação do SNDC; bem como, a diferenciação doutrinária estabelecida para os *conflitos verticais*, aprofundados no estudo, e *horizontais*. Na parte seguinte do trabalho, dar-se-á evidência ao *non bis in idem*: origem, evolução, perspectivas e funções, distinguindo-o em processual e sancionador; destacar-se-á, ainda no capítulo, a solução dos conflitos nos termos do Decreto 2.181/97 e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade do princípio aos casos relacionados aos órgãos administrativos. Por conseguinte, no último capítulo, apresentar-se-á propostas de solução ao problema.

Quanto ao método de pesquisa utilizado no presente estudo, foi dada ênfase à pesquisa doutrinária – prioritariamente, artigos e livros nacionais – e à jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Pretende-se, deste modo, contribuir para o debate de um tema tão significativo para que, cada vez mais, se reflita e se discuta a respeito da aplicabilidade das normas consumeristas, buscando-se um aperfeiçoamento contínuo na harmonização das relações de consumo.

2 CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), a fim de promover a articulação de órgãos públicos e da sociedade em geral na implementação de uma efetiva tutela dos direitos consumeristas. O SNDC é considerado, assim, um instrumento de viabilização da Política Nacional de Relações de Consumo.¹

Está no espírito do Código a integração da atuação de órgãos públicos e entidades privadas na atividade de promoção da defesa do consumidor.² Bruno Miragem defende esta ideia, acrescentando que:

[...] é percebido desde logo pelos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, expressos no art. 4º, que relaciona, entre outros, a ação governamental no sentido de efetiva proteção do consumidor, seja por iniciativa direta, incentivo à criação de desenvolvimento de associações representativas, assim como pela presença do Estado nas atividades de regulação e fiscalização do mercado de consumo.³

Conforme expõe Daniel Roberto Fink⁴, dois instrumentos respondem pela correta interpretação, forma de ser e o real conteúdo do SNDC: o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a Política Nacional de Relações de Consumo.⁵ Nesse contexto, tem-se que a articulação de diversas entidades e órgãos no âmbito público e, também, no privado, bem como a proposta de diferentes instrumentos na composição do SNDC, justifica-se em razão do vasto território brasileiro, que –

¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 429.

² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 707.

³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 707.

⁴ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 970.

⁵ "Ao tratar no capítulo II, do Título I, da "Política Nacional de Relações de Consumo", especificamente no art. 5º, o Código prevê a participação de diversos órgãos públicos e privados, bem como a incrementação de vários institutos como instrumentos para realização da Política de Consumo. O art. 105 denominou-os "Sistema Nacional de Defesa do Consumidor", que é a conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil, para a implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo." (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 707).

diante de sua grande dimensão – torna complexa a uniformização de políticas nacionais.⁶

Pode-se, por assim referir, que o SNDC pressupõe uma articulação dos órgãos competentes de modo a reprimir penalmente e fiscalizar, bem como controlar e efetivar a repressão às infrações administrativas. Dentro dessa proposta, ao SNDC é atribuída uma coordenação e uma composição pelo CDC, a qual será ponderada no próximo tópico deste capítulo.

2.1 COORDENAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO SNDC

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, de acordo com o art. 106 do CDC, será coordenado pelo Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DPDC), ou por órgão federal que venha a substituí-lo. Atualmente, a coordenação está a cargo da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), criada pelo Decreto 7.738/2012.⁷

A competência da SENACON é trazida no Decreto 2.181/1997, que regulamenta⁸ o Código de Defesa do Consumidor. Veja-se:

Art. 3º Compete à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor;

II - receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou por consumidores individuais;

III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 429.

⁷ “O SNDC, que articula a atuação dos órgãos administrativos de todos os entes federados, é coordenado pela União, através da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON (art. 3º do Decreto 2.181/1997, com a redação determinada pelo art. 7º do Decreto 7.738/2012)”. (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 706).

⁸ “Logo após a edição do Código de Defesa do Consumidor, discutiu-se a necessidade de sua regulamentação, prevalecendo o entendimento de que somente o capítulo das sanções administrativas e da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) necessitariam de detalhamento”. (ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 107).

- V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito para apuração de delito contra o consumidor, nos termos da legislação vigente;
- VI - representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais, penais e civis, no âmbito de suas atribuições;
- VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;
- VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços;
- IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a criação de órgãos públicos estaduais e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse mesmo objetivo;
- X - fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;
- XI - solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica para a consecução de seus objetivos;
- XII - celebrar convênios e termos de ajustamento de conduta, na forma do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;
- XIII - elaborar e divulgar o cadastro nacional de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, a que se refere o art. 44 da Lei nº 8.078, de 1990;
- XIV - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

O art. 105 do CDC estabelece que integram o SNDC os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor. E, nesse mesmo sentido, o artigo 2º do referido Decreto refere, como integrantes do Sistema, além dos órgãos e entidades mencionadas, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça.

Daniel Roberto Fink, ao referir que o art. 105 do CDC enumera genericamente o conjunto de órgãos e entidades que compõe o SNDC, observa que tais órgãos detêm, precipuamente, atribuições relacionadas, direta ou indiretamente, a qualidade e a segurança de produtos e serviços⁹, ou seja:

Pode ocorrer que a destinação principal do órgão não esteja voltada para defesa do consumidor. São órgãos cuja defesa do consumidor é indireta. Contudo, apesar de indiretamente ligados à defesa do consumidor, sua atuação e decisões podem ter, e geralmente têm, reflexos importantes na relação de consumo. Sua classificação como *órgãos indiretos* não leva em consideração a importância dos reflexos de sua atuação, mas na sua destinação principal, ou seja, a finalidade primeira por que foi criado.¹⁰

⁹ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 971.

¹⁰ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 971.

Nesse contexto, portanto, o Sistema em apreço – ao congregar órgãos de diferentes entes federados, os quais detêm atividades em prol da defesa do consumidor – evidencia a necessidade urgente de reunião desses órgãos em um sistema único, a fim de que se permita uma integração e coordenação em suas atuações.¹¹

Andrade¹², ao tratar como genérica a disposição do CDC, entende que a conceituação não permite distinguir quem efetivamente pertence ou não ao SNDC interpretando a norma jurídica no sentido lato e no sentido *stricto*, posicionando que:

De acordo com a primeira ideia – sentido lato -, integrariam o SNDC todos os órgãos e 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.

A segunda ideia seria considerar integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor aqueles órgãos e entidades que **diretamente** tenham por objetivo a tutela dos interesses dos consumidores, como fazem os Procons e algumas entidades civis de defesa do consumidor.¹³

Para o autor, em vista disso, em que pese pudesse ser adotada a concepção em sentido *lato*, órgãos que - de forma reflexa ou indiretamente – defendem o consumidor (como Bacen, Cade, Susep, ou mesmo as Agências Regulatórias) não pertenceriam ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Na doutrina de Bruno Miragem¹⁴, são integrantes do SNDC, em primeiro plano, os órgãos diretamente envolvidos na proteção dos direitos do consumidor, que em nível estadual e municipal geralmente são identificados pela sigla PROCON. Deste modo, a rigor, integrariam o SNDC, estritamente, os órgãos que tenham a defesa do consumidor como finalidade **específica**.

¹¹ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 987.

¹² ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 118.

¹³ ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 118.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 708.

Não obstante, o autor ressalta que nada impede que outros órgãos e entidades que tenham – dentre suas várias atribuições – a tutela do consumidor, também possam integrar o SNDC. Tais órgãos, nesse contexto, são integrantes em segundo plano. Incluir-se-iam, deste modo, as Promotorias de Defesa do Consumidor, as Defensorias Públicas, as agências reguladoras de serviços públicos, o Banco Central do Brasil, a CVI – Comissão de Valores Imobiliários, dentre outros.¹⁵

Os órgãos que atuam na tutela do consumidor – a exemplo dos que possuem esta tarefa especificamente, como os Procons – submetem-se as regras de atuação conferidas pelo CDC e pelo Decreto 2.181/97 que o regulamenta. Todavia, nada impede que legislações específicas que tratem da matéria em âmbito estadual, igualmente, vinculem a atuação dos referidos órgãos.¹⁶

Das diversas questões que desafiam a atuação administrativa dos órgãos de defesa do consumidor integrantes do SNDC está a possibilidade prática de que existam situações – em se tratando de violações cometidas por fornecedores às normas do CDC – que atinjam, por exemplo, consumidores situados em mais de um Estado e, portanto, submetidos à competência de mais de um órgão integrante do sistema.¹⁷

Nesse particular, a atuação dos órgãos administrativos para a apuração e penalização de um fornecedor infrator poderá implicar em possível concorrência de procedimentos administrativos atrelados a um único fato. Nesses casos, é provável que sejam aplicadas sanções por Procon distintos, de forma concomitante.

2.2 CONFLITOS *VERTICAIS* E *HORIZONTAIS*

Um dos temas mais sensíveis no âmbito consumerista é, justamente, a possível ocorrência de conflito entre diversos órgãos públicos que estão autorizados por lei a aplicar penalidades às infrações cometidas nas relações de

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 708.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 711.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 712.

consumo.¹⁸ Essa complexa questão, ora analisada, recebeu uma didática classificação doutrinária que contextualiza os conflitos como *verticais e horizontais*.¹⁹

Na leitura de Bessa, o “*conflito vertical* decorre da situação em que dois órgãos públicos que atuam diretamente na defesa do consumidor entendem ter atribuições para aplicar sanção em relação à determinada conduta de um fornecedor”²⁰. Dentre inúmeros exemplos, o doutrinador cita o defeito de fabricação de um veículo que pode ocasionar aplicação concomitante de multas provenientes de um Procon municipal e de um Procon estadual ou, ainda, oriundas de diversos Procons municipais.²¹

Por outro lado, o *conflito horizontal*, o qual não será abordado especificamente por este estudo, ocorre entre órgãos de competências distintas, ao passo que enquanto um tem como finalidade básica a defesa do consumidor, ao outro é atribuída atividade em área diversa, mas que pode vir a refletir, também, na seara dos direitos do consumidor (Banco Central, Anatel, ANS, Vigilância Sanitária, etc).²²

Andrade²³ explana no mesmo sentido ao evidenciar situação de visível prejuízo social, na qual um órgão público que exerça poder de fiscalização em determinada área, que, indiretamente, acabe por atingir os direitos do consumidor,

¹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 453.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 713 e ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 113-120 e BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 453.

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 453.

²¹ Nessa mesma linha, Andrade conceitua os *conflitos verticais* como: [...] aqueles em que mais de um ente público que tenha escopo de promover a defesa do consumidor, na forma da lei 8.078/90 (Procons em geral), entender ser competente para aplicar um sanção administrativa contra um fornecedor, quando o reflexo da infração às normas do Código de Defesa do Consumidor abrange mais de um município ou mais de um Estado. (ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 135).

²² BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 453.

²³ ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 135.

se negue a autuar um mesmo fornecedor que tenha infringido além das normas específicas do setor regulamentado pelo órgão, também os direitos consumeristas.

Sobre a distinção posta acima, Miragem, referindo-se aos conflitos *verticais* e *horizontais* de competências, observa que:²⁴

Esta concorrência de competências administrativas pode se dar tanto no cotejo entre as competências de órgãos pertencentes a distintos entes federados (SENACON vs. órgãos estaduais e municipais; órgão estadual vs. órgãos municipais; órgão estadual vs. órgão estadual e órgão municipal vs. órgão municipal), e eventual conflito no conteúdo do processo ou conteúdo das decisões (*conflito vertical* de competências), quanto no exercício de competência dos órgãos de defesa do consumidor e outros órgãos de competência regulatória de determinado setor econômico ou de prestação de serviço público (e.g. agências reguladoras, Banco Central). Neste segundo caso, contudo, o exercício de competências entre distintos órgãos (denominado *conflito horizontal* de competências) é de solução menos complexa, especialmente por reconhecer-se a competência comum dos órgãos de defesa do consumidor dos órgãos regulatórios para fiscalização e controle do mercado, considerando a finalidade pública específica cuja realização deve ser o objetivo de cada órgão.²⁵

Entre outros problemas²⁶, o *conflito vertical* de competência acaba por possibilitar que um fornecedor seja duplamente punido pelo mesmo fato em razão da atuação concomitante de diferentes Procons. Tal situação, já apresentada acima, caracteriza *bis in idem*.

²⁴ Conforme Miragem: “É sempre de referir, com auxílio da Lição de Ruy Cirne e Lima, que competência, em sentido administrativo, é a medida de poder que a lei confere a uma pessoa administrativa determinada.” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 716).

Em sentido inverso: Fink refere tratar-se de erro terminológico cometido pelo Decreto. Para o autor, os órgãos da administração pública não gozam de competência, termo jurídico específico do poder judiciário. Possuem atribuições, termo melhor empregado para denominar a função de órgão público. (FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 990).

²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 713. No que se refere ao *conflito horizontal*, Miragem refere que o problema é menos complexo em razão da finalidade pública específica de atuação do órgão, cuja fiscalização e regulação não exclui a atuação de outros órgãos, de acordo com precedentes do STJ.

²⁶ Bessa enumera alguns outros possíveis problemas que decorrem dos conflitos verticais e horizontais, tais como: a falta de racionalização e, consequentemente, menor e inadequada eficácia da defesa do consumidor e a ausência de punição por ofensa a norma de defesa do consumidor. (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 454).

Assim, com foco no *conflito vertical* de atribuições entre órgãos administrativos de defesa do consumidor, abordaremos no próximo capítulo o denominado *bis in idem*, o contextualizando no âmbito da atuação dos Procons e das normas consumeristas. Portanto, passa-se à conceituação, origem histórica, desenvolvimento da proibição de *bis in idem*, bem como as funções, perspectivas e os campos de aplicação do aforismo *non bis in idem*.

3 O *NON BIS IN IDEM* NAS SITUAÇÕES DE CONFLITO

Inicialmente, válido referir que predomina, de forma implícita no Direito, o princípio do *non bis in idem*, segundo o qual ninguém poderá ser punido mais de uma vez pela prática de um mesmo fato. No contexto desta concepção, explica José Armando da Costa que:

Esse princípio, embora não decorra de disposição expressa de lei, é fielmente observado por todas as legislações do mundo civilizado, residindo latentemente em todas as ramificações do Direito punitivo geral. É o que se chama, na fórmula de brocardo latino, o *non bis in idem*.²⁷

Por esta linha argumentativa, Daniel Ferreira estende a aplicabilidade do *non bis in idem* ao direito administrativo sancionador, expondo que é possível utilizar esse princípio geral do Direito com uma nova roupagem a fim de obstar que a Administração Pública sancione múltiplas e reiteradas vezes uma mesma infração.²⁸

Segundo Medina, para quem a proibição do *bis in idem* possui largo alcance, também atuando em matéria de Direito Administrativo Sancionador, o *non bis in idem* está “constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88”.²⁹

O princípio do *non bis in idem*, por tratar-se de prerrogativa inerente ao Direito punitivo brasileiro, merece ter efetiva aplicação nas esferas penal, civil, trabalhista e, na que ora se analisa, administrativa, de modo a evitar a penalização exacerbada e prejudicial verificada nas sanções impostas pela Administração Pública.

²⁷ COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p.188.

²⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 134.

²⁹ OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: RT 2000. p. 279. Trata-se de “princípio geral do direito”, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras.

3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO *NON BIS IN IDEM*

O berço da noção de proibição de *bis in idem* é incerto, havendo autores que remetem sua concepção à própria Lei da XII Tábuas. São identificadas, contudo, origens históricas da proibição de *bis in idem* na Grécia antiga, nos discursos de Demóstenes, segundo o qual o Direito Ático do século IV a.C. possuía a regra de que “as leis proíbem conhecer de um mesmo fato em dois processos”.³⁰

Segundo Fábio Brum Goldschmidt, é do Direito Romano a origem da dicção literal do aforismo:

Em sua dicção literal, sua origem pode ser identificada no Direito Romano, a partir do aforismo latino “bis de eadem re ne sit actio” (não há ação repetida sobre a mesma coisa) igualmente expresso na fórmula “bis de eadem re agere non licet” (não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo), donde se vê o emprego tanto da forma negativa “non”, quanto da forma negativa “ne”, o qual explica o fato de que as reduções da máxima nas vedações “non bis in idem” e “ne bis in idem” representam condensações de seus aforismos originários.³¹

Destaca, o mesmo autor, ao identificar a proibição na situação da *common law*, especialmente nos séculos XVII e XVIII, que:

[...] o equivalente anglo-saxônico da proibição de *bis in idem*, denominado *double jeopardy*, tem suas primeiras referências no reinado de Henrique II, com a discussão sobre a proibição do duplo julgamento dos indivíduos sujeitos à jurisdição canônica pelos tribunais da Coroa.³²

Em que pese a regra do *ne bis in idem* tenha enfrentado objeções pela Escola Positivista na virada dos séculos XIX e XX, em proveito da revisão das sentenças penais, esse princípio geral do Direito ganhou guarida e fortificou-se ao final da 2ª Guerra Mundial como forma de consolidar uma reação aos abusos cometidos, propiciando, desta forma, alcançar a justiça social. De tal modo, o auge

³⁰ GOLDSCHMIDT, Fábio Brum. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 1.

³¹ GOLDSCHMIDT, Fábio Brum. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 2.

³² GOLDSCHMIDT, Fábio Brum. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 5.

do *non bis in idem*, diante da influência americana, adveio na Constituição alemã de 1949.³³

Outros mecanismos a serviço da proibição do *bis in idem* foram as teorias do *concurso aparente de normas* e do *concurso formal de crimes*, paulatinamente integrados ao Direito Penal interno de diversos países. Nesse sentido:

O concurso de normas, voltado a resolver a questão da múltipla tipificação e sancionamento de uma única ação, mediante o emprego de técnicas hermenêuticas (de especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade) excludentes da superposição; o concurso de crimes voltado à proporcionalização do cúmulo de punições aplicáveis nos casos em que uma única ação resulte em vários resultados delituosos, de forma a evitar excesso punitivo.³⁴

Frisa-se a importância histórica das referidas concepções, ao passo que assentam (positivamente) a percepção de há no sistema jurídico: ordem, coordenação e harmonia:

Ordenado, porque disposto de forma organizada; coordenado, porque concatenado e interligado; e harmônico, porque combina seus elementos de forma a produzir a concórdia e a ausência de conflitos. Por isso se entende que o conflito de normas é sempre aparente (com o afastamento de uma das normas em conflito) e que nenhuma ação será punida em montante irrazoável (ainda que tenha redundado em diversos resultados criminosos independentes).³⁵

Abrindo parênteses, aqui retorna a preocupação com os conflitos de competências, antes posta em relevo, de modo a não se admitir que “das desinteligências do sistema possam resultar consequências prejudiciais ao indivíduo, firmando-se a consciência da necessidade de outorga de coerência interna”.³⁶

³³ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

“A constituição Alemã de 1949, art. 103, alínea 3, dispõe que ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato sob as leis penais gerais, a consagrar então a aplicação da proibição d *bis in idem* à cumulação de sanções.” (GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6).

³⁴ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 462.

³⁵ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 10

³⁶ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 11.

Fechando parênteses, o *non bis in idem* aparece no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 no art. 14.7³⁷; no art. 4.1 do Protocolo n. 7 adicional ao Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH)³⁸; no art. 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁹, parte integrante do Tratado de Lisboa.

Sobre o último marco referido, explica Odone Sanguiné que:

No Protocolo 7 do CEDH, a expressão ‘ne bis in idem’ é utilizada em sentido de garantia processual, no sentido de que uma pessoa que tenha sido submetida a um julgamento de mérito num processo criminal não pode ser processada novamente com fundamento no mesmo fato.

Ainda na esfera internacional, tem-se como referência histórica o acordo de Schengen⁴⁰, firmado entre cinco Estados (Alemanha, França e os integrantes de Benelux), em 1985, e a posterior Convenção de Aplicação desse mesmo acordo, em 1990, que no art. 54 denominado “aplicação do princípio *ne bis in idem*”, dispõe:

Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos fatos, ser submetido por uma ação judicial intentada por outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida.⁴¹

Nesse momento, a proibição do *bis in idem* assumiu um novo contexto: passou a constituir um dos objetivos da União Europeia ao delimitar atribuições de

³⁷ Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. (BRASIL, Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 01 jul. 2015).

³⁸ Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infracção pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. BRASIL, Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 01 jul. 2015).

³⁹ Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito: Art. 50 Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei. BRASIL, Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 01 jul. 2015).

⁴⁰ O **Acordo de Schengen** é uma convenção entre países europeus sobre uma política de abertura das fronteiras e livre circulação de pessoas entre os países signatários.

⁴¹ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 11.

coordenação das investigações penais e dos processos em curso, de modo a obstar decisões e posicionamentos contraditórios, bem como impedir uma duplicação de esforços. Restava, portanto, caracterizada uma utilização otimizada desse princípio.⁴²

Com isso, elucida Goldschmidt, que “a máxima evoluiu para busca de *unicidade da ação punitiva*”. Nas palavras do autor:

Já não se preocupa mais em frisar tão somente a impossibilidade de dupla sanção, ou mesmo em reafirmar a noção impeditiva de um segundo processo sobre o mesmo fato já julgado. O que se quer é evitar a descoordenação dos sistemas e os danos ao indivíduo que isso pode acarretar, com o desencadeamento paralelo de processos e investigações independentes por diferentes agentes punitivos.⁴³

Encontra-se, ainda, referência ao princípio no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, item 4) do qual o Brasil é signatário.⁴⁴

Sobre a amplitude do tema no Brasil, relacionando o axioma *non bis in idem* às ideias de equidade, segurança e proporcionalidade, ressalte-se que:

Paralelamente ao que se passou na Europa (em que o axioma se tornou progressivamente mais vinculado ao âmbito sancionador, penal e/ou administrativo), o tema da proibição do *bis in idem* recebeu em determinados sistemas (dentre os quais se insere o Brasil) um tratamento significativamente mais amplo, como postulado de equidade destinado a suprir as lacunas do sistema punitivo sempre que se esteja diante de situações que se pretende punir duas vezes o mesmo. Aparece, assim, como recurso de que se vale o interprete – como parâmetro objetivo de justiça – para barrar inúmeras formas de dupla exigência/imposição “do mesmo” que importem violação a segurança e a proporcionalidade a que serve o axioma.⁴⁵

⁴² GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 11-12.

⁴³ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 463.

⁴⁴ TAVARES, Alexandre Macedo. As Vias de Repressão dos Contribuintes (Procedimento Administrativo e Processo Penal) Sob o Prisma da Garantia do *Non Bis in Idem*. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 138, março de 2007. p. 20.

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15-16.

Na esfera do Direito Administrativo Sancionador, a aplicação da proibição de *bis in idem* no ordenamento brasileiro se fez tão intensa que o STF chegou a editar súmula de jurisprudência a respeito. Diz a súmula 19 que “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.⁴⁶

Dessa evolução, conclui-se que a proibição de *bis in idem* deriva de uma exigência humana, natural – pois presente em todas as sociedades, inclusive antes da constituição formal do Estado e da existência do Direito no sentido de sistema de normas jurídicas – de segurança, certeza, estabilidade proporção e boa-fé das relações jurídicas.⁴⁷

Seguindo essa linha mais ampla de aplicação, o Supremo Tribunal Federal reiteradas vezes aplicou a proibição do *bis in idem* para além dos contextos do direito penal e do direito administrativo sancionador.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, será analisado em tópico próprio deste estudo a sua aplicação na esfera do direito administrativo sancionador na matéria de direito do consumidor, a qual interessa ao presente trabalho.

3.2 PERSPECTIVAS E FUNÇÕES DO *NON BIS IN IDEM*

Conforme verificado na evolução do *non bis in idem*, o princípio não trata apenas de impedir o duplo sancionamento. Observa, outrossim, evitar a descoordenação do sistema e o desdobramento de processos independentes por diferentes agentes punitivos.

⁴⁶ A redação do enunciado, contudo, não prima pela técnica, pois se limita a impedir o cúmulo de sanções derivadas de um mesmo processo (quando o ideal seria impedir o cúmulo de sanções baseadas num mesmo fato). A impropriedade da dicção da súmula, inicialmente, teve efeitos negativos na sua interpretação, mas, por outro lado, sucessivos julgados da Corte fazem boa aplicação do enunciado, versando sobre variadas formas de punição cuja cumulação se veda. (GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 20).

⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 14-15.

Por um lado deve ser examinado o aspecto limitativo ou a garantia de o indivíduo não ser punido mais de uma vez em face de um mesmo fato e, por outro, de não ser duplamente processado.

Dividimos a análise, pois, em *non de bis in idem processual* e *non de bis in idem sancionador*. O primeiro refere-se ao duplo processamento e, o segundo, ao duplo sancionamento.

3.2.1 *Non bis in idem processual*

No aspecto processual, prima a máxima segundo a qual ninguém poderá ser processado e julgado mais de uma vez pela prática de um mesmo fato. Nesse sentido, observa-se uma evolução do princípio ao passo que este se desdobrou e alcançou institutos de vasta aplicabilidade e importância no ordenamento jurídico: a preclusão, a litispendência e a coisa julgada.⁴⁸

Tais institutos, contudo, têm por fonte a própria proibição do *bis in idem*. Segundo Goldschmidt:

Todas as três com situações distintas de proibição de *bis in idem*, derivando de seus axiomas fundantes "*bis de eadem re ne sit actio*" (não há ação repetida sobre a mesma coisa) e "*bis de aedem re agere non licet*" (não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo). As questões que ainda escapam ao alcance da disciplina positiva dos mesmos, no entanto, são aquelas em torno das quais hoje se debruça a doutrina e jurisprudência para efeito de - estendendo o alcance da proibição de *bis in idem* - levar o dever de coerência do ordenamento a um patamar mais elevado.⁴⁹

Na mesma linha, Mirabete sustenta que os referidos institutos tem por fundamento o próprio princípio do *non bis in idem*. Brilhante explicação do doutrinador. Veja-se:

Ora, como se poderia deixar de lado o preceito gênero para estudar tão somente os preceitos espécies, dado que o âmago do direito neles veiculados encontra-se justamente no primeiro? Ocorre que antes de ofender a coisa julgada ou a litispendência, se ofende o próprio 'nom bis in

⁴⁸ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 44.

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 45.

idem', informador daqueles, cujo conteúdo nos diz não pode o Estado exercer o *jus perseguendi*, por mais de uma vez, sobre um mesmo indivíduo e por um mesmo fato, sob pena de tolher-lhe seu direito à liberdade e dignidade.⁵⁰

3.2.2 *Non bis in idem* sancionador

O segundo aspecto inerente à proibição de *bis in idem* diz respeito a aplicação das sanções. Trata-se da faceta que incide sobre a percepção sancionadora do princípio, o que possibilita a compreensão de que o mesmo fato não pode acarretar mais de uma penalidade ao infrator.⁵¹

Assim sendo, no campo material, verifica-se que o cerne deste preceito está na dupla ou, em algumas situações, múltipla consideração de um mesmo fato.⁵² Ainda, expõe-se que a cumulação de sanções pode se dar na forma *simples* ou *complexa*. A primeira diz respeito à superposição de penalidades de idêntica natureza. A segunda, ao contrário, relaciona-se às cumulações de penalidades de naturezas distintas.⁵³

3.2.3 Funções do *non bis in idem*

Como se viu até aqui, o *non bis in idem* vem suprir lacunas do sistema punitivo sempre que se esteja diante de situações que acabem por punir duplamente o mesmo fato.

Além de assentar a noção de um sistema jurídico ordenado, coordenado e harmônico, a proibição do *bis in idem*, segundo a classificação acima, cumpre função distinta em cada aspecto de análise.

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. Ed. 13. São Paulo: Atlas, 2002, p. 219 *apud* STÉDILE, Luís Otávio. **O Princípio do Non Bis in Idem**: E as implicações sobre a aplicação cumulada de sanções por ato de improbidade administrativa. São Paulo: IXTLAN, 2012. p. 43-44.

⁵¹ STÉDILE, Luís Otávio. **O Princípio do Non Bis in Idem**: E as implicações sobre a aplicação cumulada de sanções por ato de improbidade administrativa. São Paulo: IXTLAN, 2012. p. 52.

⁵² STÉDILE, Luís Otávio. **O Princípio do Non Bis in Idem**: E as implicações sobre a aplicação cumulada de sanções por ato de improbidade administrativa. São Paulo: IXTLAN, 2012. p. 52.

⁵³ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p.49.

No campo processual, enquanto efeito preclusivo e fundamento de coisa julgada, o *non bis in idem* serve ao valor da segurança jurídica. No campo sancionador, no que diz respeito à dupla penalização, cumpre a função de proporcionalidade.⁵⁴

3.3 A INVOCAÇÃO DO *NON BIS IN IDEM* NAS SITUAÇÕES DE CONFLITO

Conforme tratado no capítulo anterior, a atuação de diversos órgãos administrativos de defesa do consumidor na apuração de infração e na autuação do fornecedor infrator poderá implicar em concorrência de procedimentos e sanções (conforme a concepção de *conflitos verticais* nos demonstra).

No entendimento de Vitor Morais de Andrade, por exemplo, eventual penalização de um mesmo fato por diferentes agentes não esbarraria na proibição do *bis in idem*. Considerando a autonomia dos órgãos administrativos e a repartição de competências, não haveria impedimentos para a atuação de diversos órgãos e para eventual multiplicidade de sanções pelo mesmo fato:

De uma forma geral, cada Procon Municipal, estadual ou Distrito Federal tem melhores condições de aferir específica 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 violação do princípio do *no bis in idem*. Portanto, diante dessas considerações e do disposto nos arts. 24, VIII, e 30, I da Constituição Federal e no art. 55 do CDC, poderíamos concluir que todos os legitimados para aplicação de sanções administrativas (Procons, Senacons ou Cedecon, municipais e estaduais) detêm competência para o exercício da atividade fiscalizadora e sancionadora de forma independente.⁵⁵

No entanto, Andrade reconhece que a prática poderá configurar situações desproporcionais e desarrazoadas. E considerando a função de proporcionalidade do *non bis in idem*, parece clara a existência do *bis*.⁵⁶

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014, p.49.

⁵⁵ ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 137-138.

⁵⁶ “Valioso acrescentar a lição Marçal Justen Filho a respeito da proporcionalidade (ao lecionar sobre a sanção administrativa como manifestação do poder de polícia administrativa): Como toda a competência estatal de limitação de direitos, o poder de polícia é norteado de modo essencial pelo

O autor identifica problemas diante da múltipla penalização pelo mesmo fato:

Mas sem fugir da realidade vimos, no entanto, que a prática poderá nos levar a algumas situações certamente absurdas e insustentáveis, com imposição de sanções desarrazoadas e desproporcionais, bastando, para isso, imaginar situações de diversos Procons atuando pelo mesmo fato, ocasionando um valor total de multa muito superior ao que seria razoável pela infração cometida pelo fornecedor.⁵⁷

Álvaro Lazzarini observa que o *bis in idem* deve ser evitado, justificando que, “como sabido, o *bis in idem* será a repetição (*bis*) de punição sobre a mesma conduta ilícita (*in idem*), o que violenta a consciência jurídica”.⁵⁸

Observa Miragem que a multiplicidade de sanções “pode dar causa a extremos”, destacando possível afronta à proporcionalidade:

A admissão de competência concorrente dos diferentes órgãos administrativos de defesa do consumidor parece ser a solução indicada pelo sistema jurídico brasileiro, seja pelo expresso texto da norma (artigo 55, § 1º, CDC), ou mesmo pelo critério de fixação da competência administrativa em face da competência legislativa fixada pela Constituição. Assim, a SENACON, PROCONS estaduais e municipais são competentes para exercer poder de polícia, fiscalizando e aplicando sanções por infrações ao disposto no Código de Defesa do Consumidor. A situação, todavia, pode dar causa a extremos, como na hipótese de uma mesma sanção de multa, por exemplo, ser aplicada em seu limite máximo por diversos órgãos competentes, o que pode desdobrar da proporcionalidade da sanção, quando tomada em seu conjunto – a infração cometida pelo fornecedor, e sua capacidade econômica de responder a mesma sem que haja prejuízo de suas operações.⁵⁹

princípio da proporcionalidade. Isso significa que qualquer limitação, prevista em lei ou em ato administrativo, somente será válida se (a) adequada; (b) necessária e (c) compatível com os valores consagrados na Constituição e nas leis. [...] A proporcionalidade que informa o poder de polícia é reflexo da proporcionalidade que está na base dos direitos sujeitos a limitação. Na mesma linha, segue o autor: Aliás, a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo federal foi objeto de explícita consagração por parte do art. 32, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.784/99, que exigiu “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 387).

⁵⁷ ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 138.

⁵⁸ LAZZARINI, Álvaro. **Tutela administrativa e relações de consumo**, RT 704/7 *apud* MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 718.

⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 718.

Nessa mesma linha, segue o autor observando que, *em tese*, o sistema possibilita a multiplicação de sanções e a submissão de decisões contraditórias, e mostra preocupação com a conseqüente vulnerabilidade do próprio sistema:

Desde a perspectiva do particular – que no caso do processo administrativo par apuração e sanção de infrações a normas do Código de Defesa do Consumidor, como regra, será o fornecedor – a simples sobreposição de competências indica a possibilidade, em tese, de multiplicação das sanções aplicadas em relação a uma mesma infração, por tantos órgão administrativos de defesa do consumidor quanto existam, no âmbito do território sobre o qual exercem. E da mesma forma, a submissão de decisões contraditórias entre si sobre o mesmo fato, nos diversos processos (o que em verdade pode representar, igualmente, uma certa vulnerabilidade do próprio sistema de proteção de direito dos consumidores).⁶⁰

Conforme observa Miragem:

O problema surge, justamente, em relação à coordenação das competências próprias dos órgãos de proteção e defesa do consumidor dos diferentes entes federados, pois neste caso, a finalidade pública a que se vincula o procedimento sancionatório e o ato administrativo de aplicação de multa é o mesmo, e neste sentido, eventual concorrência de procedimentos e sanções, da causa, com mais facilidade à invocação pelo infrator do princípio do *ne bis in idem*, impedindo mais de uma sanção pelo mesmo fato.⁶¹

A facilidade da invocação da proibição do *bis in idem* se dá, sobretudo, considerando que “não se admite no direito administrativo sancionador, mediante sua aproximação ao sistema de garantias constitucionais penais, que um indivíduo seja punido mais que uma vez em razão do mesmo fato/infração”.^{62 63}

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 716-717.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 715.

⁶² MIRAGEM, Bruno. Competência administrativa concorrente de fiscalização e repressão de infrações pelos órgãos de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor RT**, São Paulo, Ano 20, vol. 77, jan-mar./2011. p. 449.

⁶³ Nesse particular, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO observa que não há de se cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações e sanções administrativas e infrações e sanções penais. “O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 31 ed. Malheiros Editores, 2013. p. 865).

Ao lecionar sobre a regra do *non bis in idem* no direito disciplinar, JOSÉ ARMANDO DA COSTA: “O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção [...]. Louvando-se na linguagem do grande processualista CALAMANDREI, podemos asseverar que predomina sobranceiro, como princípio inorgânico, no ordenamento jurídico de todas as nações civilizadas do globo terráqueo, a regra de que ninguém poderá ser punido duas ou mais vezes com base no mesmo fato. Tal máxima principiológica projeta-se não somente na cidadela do Direito Penal em sentido estrito, como também na vastidão de todo o direito punitivo geral [...]. (COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 67).

3.4 A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NOS TERMOS DO DECRETO 2.181/97 QUE REGULAMENTA O CDC

As competências dos órgãos do SNDC para atuar na repressão das infrações aos direitos dos consumidores, nos âmbitos de atuação federal, estadual de municipal, estão estabelecidas no art. 5º, *caput*, do Decreto 2.181/97:

Artigo 5º. Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

Diante da possibilidade fática de concorrência de competências e visando dirimir o conflito antes examinados, dispõe o parágrafo único do artigo em análise:

Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica.⁶⁴

Assim, o Decreto regulamentador deixa clara a competência da SENACON para dirimir eventuais conflitos, podendo ser ouvida a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC.

Ainda, a preocupação do Decreto com a hipótese de instauração de processos relativos a uma mesma infração também encontra amparo nos artigos 15 e 16 da regulamentação. Veja-se:

Art. 15 – Estando a mesma empresa sendo acionada em mais de um Estado federado pelo mesmo fato gerador de prática infrativa, a autoridade máxima do sistema estadual poderá remeter o processo ao órgão coordenador do SNDC, que apurará o fato e aplicará as sanções respectivas.

Art. 16 – Nos casos de processos administrativos tramitando em mais de um Estado, que envolvam interesses difusos ou coletivos, o DPDC

⁶⁴ BRASIL, Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm> Acesso em: 01 jul. 2015

poderá avocá-los, ouvida a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, bem como as autoridades máximas dos sistemas estaduais.

Da leitura dos dispositivos acima, parece que a norma regulamentadora do CDC visa impedir a multiplicidade de procedimentos administrativos e sanções para a mesma infração (*non bis in idem*) ou até a submissão de decisões contraditórias.

A solução posta pela regulamentação, contudo, enfrenta críticas.

Marcelo Gomes Sodré não admite o disposto no Decreto como o mais adequado, apontando que:

Como não existe hierarquia entre órgãos federais, estaduais e municipais quanto à aplicação de sanções administrativas, a solução prevista no art. 5º, parágrafo único, do Decreto 2.181/1997 – no sentido de que conflitos verticais devem ser resolvidos pelo DPDC (órgão sucedido Pela Secretaria Nacional de Consumo – Senacon) – não é a melhor, sendo duvidosa sua constitucionalidade.⁶⁵

Miragem, na mesma linha, embora homenageie a iniciativa de dirimir as situações de conflito de competências via poder regulamentar, não a reconhece como a melhor solução para o problema, especialmente considerando o princípio federativo:

Embora de se registrar no mérito da iniciativa de buscar, via exercício do poder regulamentar, regular as situações de conflito de competências entre diferentes órgãos administrativos, especialmente em razão de critério pertinente para fixação da competência (competência legislativa para legislar sobre respectiva atividade econômica), a rigor trata-se de norma sem utilidade para a solução do problema, por várias razões. Primeiro porque ao tratar-se de conflito de competência de órgãos administrativos, por ser interpretado como regra de solução de conflitos entre entes federados, a exigir lei formal para uma fixação, bem como em relação ao princípio federativo. Em sentido inverso, a solução de conflito pode ser compreendida sob a abrangência da competência legal da SENACON, de coordenação do sistema.

Entretanto, o critério eleito, de atribuição de competência executiva de fiscalização e controle, em vista de competência constitucional para legislar sobre a matéria, embora incentivada pela melhor doutrina [Bandeira de Mello], é de eficácia duvidosa em matéria de defesa do consumidor, uma vez que a competência legislativa relativa à proteção do

⁶⁵ SODRÉ, Marcelo. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Direito do Consumidor**, p.282-284 *apud* BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 453.

consumidor é compreendida tanto em face da competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre produção e consumo (artigo 24, V, da CF/1988) ou danos ao consumidor (artigo 24, VIII, da CF/1988) quanto em matéria de contatos de consumo, competência privativa da União para legislar sobre direito civil (artigo 22, I, da CF/1988), a qual é conferida também para legislar sobre propaganda comercial (artigo 22, XXIX, CF/1988). E da mesma forma a competência transversal dos municípios para legislar em assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF/1988), cuja abrangência tem sido definida de modo casuístico pela jurisprudência brasileira. Nesse sentido também considera a doutrina administrativista que tal critério deve observar com moderação, considerando que a competência privativa da União para legislar (artigo 22 da CF/1988) lhe indicaria competência para exercício da polícia administrativa sem excluir a dos Estados e Municípios *quanto a aspectos extremos à essência mesma da matéria atribuída à União*.⁶⁶

Daniel Fink explana no mesmo sentido, evidenciando que a solução do Decreto de subordinar um órgão de uma unidade federativa autônoma a outros órgãos da União não compactua com a forma federativa de Estado.⁶⁷

Como se verifica, para as referidas doutrinas, a questão está abarcada na impossibilidade de haver hierarquia entre entes federados, em respeito ao princípio federativo. Não existiria hierarquia entre órgãos federais, estaduais ou municipais quanto à aplicação de sanções administrativas. Na linha dos doutrinadores, não pode o decreto regulamentador criar uma *avocatória*⁶⁸, conforme previsto no art. 16 do Decreto, ou seja, não pode o governo federal dirimir conflito de competências. Também, Sodré, defende esta ideia, acrescentado que a *avocatória* é inconstitucional.⁶⁹

O problema, assim, é que o Decreto interferiria na estrutura federativa, ou seja, nas regras para exercício das competências, já que, em matéria de defesa do consumidor, verificam-se competências concorrentes. Sobre as regras de competência administrativa dos entes federados oportuna a passagem de Daniel Fink:

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 717.

⁶⁷ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 992

⁶⁸ SODRÉ, Marcelo. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais RT, São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 282.

⁶⁹ SODRÉ, Marcelo. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais RT, São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 283.

As competências administrativas da União vêm enumeradas no art. 21 [CF] e dizem respeito a matérias de interesse da Nação. Os Estados-membros, por sua vez, exercem competências administrativas que não lhes é vedada pela própria Constituição (art. 25, §1º). E os municípios exercem competência suplementar e de âmbito local (art. 30, CF). Assim, estão repartidas as regras de competência administrativa no Brasil.

As unidades federativas têm, assim, uma prévia definição de suas tarefas, de tal forma que o exercício das competências administrativas não haja colidência. Não há colidência, mas há concorrência, visto que, quando não reservada exclusivamente a certa unidade federativa, a matéria poderá ser tratada por todos aqueles que não sejam impedidos a fazê-lo.⁷⁰

Diante desse sistema, impensável a existência de conflitos administrativos de atribuições, considerando serem as regras previamente definidas pela Constituição.⁷¹ No entanto, em caso de dois Procons (estadual x municipal, por exemplo) julgarem-se com atribuições de fiscalização do mesmo assunto, restará o fornecedor num impasse em relação a qual órgão deverá obedecer.

Segundo tal doutrina, portanto, a Regulamentação parece apresentar, incoerências internas ao dar soluções que esbarriam no princípio federativo, sobretudo em face da autonomia dos entes federados - dado o sistema brasileiro de repartição de competências⁷² - para atuar na fiscalização e penalização em matéria de direito do consumidor.

Não obstante, não é possível virar as costas para os problemas que decorrem das desinteligências de um Sistema quando estes podem trazer prejuízos tanto aos consumidores quanto aos fornecedores.

3.5 O ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DA PRIORIDADE DE *BIS IN IDEM*

O Superior Tribunal de Justiça tem analisado casos de conflitos entre órgãos administrativos de defesa do consumidor gerados pela multiplicidade de procedimentos e sanções.

⁷⁰ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 991.

⁷¹ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 991.

⁷² Sobre o tema, Fernanda Dias Menezes de Almeida, *in* Competências na Constituição de 1988.

Como primeiro exemplo, analisando *conflito vertical*, aponta-se o REsp 1.087.892/SP⁷³, que decidiu o caso de dupla penalização de um fornecedor, em que tanto o Procon/SP como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC/MJ) aplicaram-lhe multas pecuniárias, tendo reconhecido a Corte tratar-se do mesmo fato/infração.

Inicialmente, o Min. relator Benedito Gonçalves manifestou-se pelo afastamento da ocorrência do *bis in idem*, invocando o fundamento de que “os órgãos de proteção de defesa do consumidor, são independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não havendo entre eles hierarquia e preferência”. Conclui o Ministro:

Logo, não se considera *bis in idem* a aplicação simultânea de multas administrativas, previstas na Lei n. 8.078/90, pelos órgãos de defesa do consumidor das respectivas unidades federativas (União, Estados ou Distrito Federal e Municípios) diante de infrações às normas consumeristas que ocorreram no âmbito de suas jurisdições, ainda que consequentes de um só fato infrativo e que, eventualmente somadas, venham a ultrapassar o limite previsto para a uma única infração, haja vista a competência concorrente dos entes federados para fiscalizar e controlar o mercado de consumo. 5. Na espécie, as respectivas sanções administrativas foram aplicadas pelos órgãos de fiscalização e proteção do consumidor federal e estadual, em face de diferentes infrações às normas de proteção e defesa do consumidor; não há falar, portanto, da ocorrência de *bis in idem*.

Contudo, o Ministro relator reformulou seu voto, se curvando aos argumentos trazidos no voto-vista do Min. Luiz Fux, especialmente quanto à proibição do *bis in idem* e à impossibilidade de concorrência de sanções pela mesma infração aplicadas por órgãos distintos, destacando que:

[...] não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra razoável e lícito a aplicação de sanções a fornecedor, decorrentes da mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado. [...]

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.087.892/SP (j. 22.06.2010, DJe 03.08.2010.). RECORRENTE: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP. RECORRIDO: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802063680&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

O voto reconhece, ainda, a previsão do art. 5º, parágrafo único, do Dec. 2.181/97, de que competiria ao DPDC (hoje SENACON) dirimir conflitos de competência na hipótese de ser “instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor”.

Acompanharam os ministros Teori Zavascki e Hamilton Carvalhinho, resultando em decisão unânime para reconhecer o conflito entre Procon e DPDC e para entender configurada a ocorrência do *bis in idem* no caso analisado.

Outro caso julgado pelo STJ é o tratado no recurso em mandado de segurança nº 25.065/BA⁷⁴, cujo excerto segue transcrito:

Assim considerando, não há como afastar a legitimidade do PROCON para aplicar a referida multa no procedimento em tela, sendo também de todo impertinente a singela alegação da recorrente sobre a possibilidade de *bis in idem* pois, conforme bem considerado pelo il. representante do Ministério Público Estadual, “*A Impetrante não demonstrou que o processo administrativo, Reclamação - PROCON nº 1063-04, encontra processo idêntico em outro órgão da administração pública ou que já tenha suportado a sanção que lhe é conseqüente, lembrando que a identidade aqui é aferida na maneira narrada alhures: quanto aos fatos, sujeitos e fundamento jurídico. Porquanto, não pode se valer da proibição do bis in idem para afastar a multa que lhe foi aplicada, pois esta se trata da única sanção imposta pela falta narrada nos autos*” (fl. 181).

Caso venha acontecer um outro processo futuro, a impetrante terá como demonstrar que já suportou a penalidade em primeiro procedimento.

A Corte deixa de acolher a proibição do *bis in idem* por não ter a impetrante demonstrado a dupla penalização pelo mesmo fato: “não pode se valer da proibição do *bis in idem* para afastar a multa que lhe foi aplicada, pois esta se trata da única sanção imposta pela falta narrada nos autos”. Logo, significa dizer, em sentido inverso, que caso a parte penalizada tivesse comprovado a aplicação de

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 25065 / BA (2007/0211537-9). RECORRENTE: SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A. RECORRIDO: ESTADO DA BAHIA. Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO - PRIMEIRA TURMA. Brasília, 11 mar. 2008. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702115379&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

dupla penalização, poderia, *mutatis mutandis*, ser reconhecido o *non bis in idem* no caso concreto pelo STJ.

Portanto, em que pese admitida pelo STJ a autonomia dos órgãos para atuarem concorrentemente na tutela do consumidor, por outro lado, é reconhecido pela Corte que a multiplicidade de procedimentos e sanções pode afrontar o princípio do *non bis in idem*.

4 PROPOSTAS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Diante da reconhecida existência do conflito em questão e dos problemas consequentes, a doutrina consumerista especializada apresenta algumas alternativas.

Para Andrade que visualiza a competência sancionatória como concorrente entre os órgãos de proteção e defesa do consumidor do país (no âmbito municipal, estadual, nacional e do Distrito Federal), nos termos do art. 24, VIII, da CF e do art. 55 do CDC, quando eventual dano acarretar prejuízos a consumidores de mais de um Município de um Estado, caberá ao Procon da Capital do Estado aplicar a respectiva sanção administrativa; já em caso de dano cujo reflexo seja de abrangência nacional, deverá, a competência fiscalizatória, ser atribuída à SENACON. Isso com base na premissa de que:

[...] terão condições de aferir a extensão do resultado da conduta ilícita em toda a sua esfera de competência, permitindo a aplicação da sanção sem que restem violados os preceitos da razoabilidade e proporcionalidade que devem imperar nas sanções administrativas.⁷⁵

Segundo Miragem, contudo, tratam-se de soluções de *lege ferenda*, uma vez que sua adoção depende de expressa fixação de competência dos órgãos administrativos em questão.⁷⁶

Na proposta de Daniel Fink, em se tratando de matéria atinente à interpretação de norma constitucional, eventual divergência deverá ser resolvida pelo Judiciário, de acordo com o caso concreto, ainda que o *conflito vertical* se estabeleça entre órgãos pertencentes a diferentes unidades federativas. Já para os conflitos de atribuições entre Município e Estado-membro, para o autor, a própria Constituição Estatal indicará o órgão competente no âmbito do Poder Judiciário, sendo, a princípio, o Tribunal de Justiça local. Como exemplo, o doutrinador refere

⁷⁵ ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008. p. 138.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 718.

o art. 74, XIX da Constituição Estadual de São Paulo que atribui ao Tribunal do Estado esta competência.⁷⁷

Para este entendimento, então, a solução dada pelo Decreto torna-se aplicável apenas quando se trate de órgãos pertencentes a mesma unidade federativa, sendo esta, necessariamente, a União. Desta forma, a medida justificaria-se pela interpretação de que, por meio do Decreto, a própria União se autodisciplinou, a fim de organizar a matéria dos conflitos internos, não estando abrangidos os conflitos ocorridos na competência dos Estados e dos Municípios.⁷⁸

Leonardo Bessa, ao constatar os problemas provenientes dos conflitos de atribuições, acredita na harmonia e articulação entre os órgãos, a evitar posições contraditórias e multiplicidade de ações diante da mesma infração:

Em razão deste cenário, é fundamental que existam plena harmonia e articulação entre o Procon do Estado e o dos municípios. Cabe ao Procon estadual realizar verdadeiro trabalho de coordenação e integração dos Procons municipais, de modo a evitar posições contraditórias ou até mesmo duplicidade de ações diante da mesma violação de direito do consumidor. A mesma articulação deve ocorrer entre a Senacon e os Procons estaduais, com o objetivo de definir a atuação exclusiva ou concorrente, em face da violação a direito do consumidor em âmbito nacional (exemplo, publicidade enganosa veiculada em todos os canais de televisão).⁷⁹

Caso não seja possível exclusividade entre os órgãos, o autor sugere a gradação da pena, em respeito ao princípio da proporcionalidade:

Como a atuação entre órgãos de defesa do consumidor é concorrente, caso não seja possível, mediante convênio, definir, em situações concretas, eventual exclusividade, é necessário, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, que na gradação da pena se considerem todas as sanções que eventualmente incidirem ou venham incidir sobre o mesmo fato. O Ideal, entretanto, é que apenas um Procon aplique a sanção administrativa, de modo a melhor aferir, objetivamente e num único procedimento, todas as circunstâncias relevantes para a definição e gradação da sanção administrativa (art. 56).⁸⁰

⁷⁷ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 992.

⁷⁸ FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007. p. 993.

⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 454.

⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 454-455.

Tal proposta, que parece seguir a ideia de coordenação e articulação do Sistema – em atenção à proporcionalidade e evitando o *bis in idem*, amplamente aplicado pelo judiciário, ou até mesmo decisões conflitantes – poderá, contudo, sofrer embargos frente à autonomia decorrente do princípio federativo.

Segundo Sodré, a única solução que parece viável é utilizar as instâncias superiores do SNDC “para fins de uniformização de entendimentos e mesmo regulamentação de temas polêmicos, sempre com o objetivo de dar coerência ao Sistema Nacional”. Observa, ainda, que “os espaços públicos de formulação de Políticas de Relações de Consumo e de Defesa do Consumidor propriamente dita poderão funcionar como canais políticos/administrativos de soluções dos conflitos [...]”.⁸¹

Diante de todas as dificuldades apresentadas, verifica-se um vácuo legislativo, a ausência de critérios e de uma legislação expressa para a delimitação das competências e da consequente atuação dos órgãos. Além disso, não é possível, simplesmente, negar aplicação à proibição do *bis in idem* e aos valores que ele encerra, de proporção e segurança, optando-se pela inutilização da previsão do Decreto, o que vem em prejuízo da eficácia de garantias fundamentais.

Assim, em que pese as divergências apontadas, não é de se descartar a atuação e a análise dos conflitos pela SENACON, considerando o cumprimento da atribuição da Secretaria de coordenação do Sistema, que poderá contar com a saudável consulta da Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor.

Embora essa solução não seja livre de riscos (“uma vez que estará a tratar no caso desde a ótica da distribuição de competência no âmbito federativo”),⁸² os conflitos podem ser apresentados à Secretaria que, no seu papel de *coordenadora* do SNDC, poderá contribuir, dialogando com os entes envolvidos, pautada no “equilíbrio entre o poder-dever do estado de defesa do consumidor e a

⁸¹ SODRÉ, Marcelo. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais RT, São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 283-284.

⁸² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 719.

razoabilidade/proporcionalidade da sanção administrativa a ser imposta aos fornecedores”.⁸³

E considerando reconhecida, pela doutrina e pela jurisprudência, a invocação da proibição do *bis in idem* em casos de multiplicidade de procedimentos e sanções, fundamental uma reavaliação do SNDC, a fim de otimizar esforços inúteis, tempo e recursos, em face de possíveis nulidades de procedimentos administrativos perante o judiciário.

Além disso, não se pode esquecer das possíveis decisões antagônicas proferíveis pelos órgãos se tratados os mesmos fatos em procedimentos apartados. Nesse caso, será a sociedade consumerista a maior prejudicada. Ainda, o fornecedor arguirá, legitimamente, a existência destes antagonismos, restando obstaculizada a efetividade da atuação da Administração Pública.

Conforme elucida Carlos Maximiliano:

Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo. [...] Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.⁸⁴

Segundo essa lógica, a hermenêutica não permite conduzir à permissão de decisões contraditórias e à multiplicidade de sanções. Em sentido oposto, afastando-se da organização do Sistema, mantendo-se a insegurança e a desproporcionalidade, com atuações paralelas de órgãos de defesa do consumidor em face do mesmo fato, em atenção à concorrência de atribuições, outra não será a solução senão a aplicação do *non bis in idem*, segundo a análise do caso concreto pelo Poder Judiciário.

⁸³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 719.

⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p.166.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou a possibilidade prática de diversos órgãos administrativos atuarem em defesa do consumidor na apuração de infrações decorrentes de um mesmo fato. Dessa atuação simultânea ou sucessiva, podem ocorrer sancionamentos múltiplos e decisões contraditórias. Decorre daí o chamado conflito de competências ou atribuições.

Esclarece-se que tais conflitos podem ser classificados como *verticais* e *horizontais*. Conflito *vertical* decorre da situação em que dois órgãos administrativos de atuação direta na defesa do consumidor entendem ter competência para aplicar sanção em relação à determinada conduta de um fornecedor. Conflito *horizontal* ocorre entre órgãos de competências distintas, ao passo que enquanto um tem como finalidade básica a defesa do consumidor, ao outro é atribuída atividade em área diversa, mas que pode vir a refletir, também, na seara dos direitos do consumidor.

Entre outros problemas, o *conflito vertical* de competência acaba por possibilitar que um fornecedor seja duplamente punido pelo mesmo fato em razão da atuação de diversos órgãos, por exemplo, Procons de diferentes entes federados. Discute-se, portanto, se tal situação caracterizaria *bis in idem*.

Apresentou-se, portanto, o *non bis in idem* nas situações de conflito, passando pela origem e a evolução do aforismo, bem como pelas perspectivas de aplicação e suas funções.

Verificou-se a invocação legítima da proibição do *bis in idem* pelo fornecedor. A doutrina consumerista especializada, por sua vez, considerando a autonomia dos órgãos administrativos e a competência concorrente, entende não haverem impedimentos para a atuação simultânea e sucessiva de diversos destes órgãos e para eventual multiplicidade de sanções como conseqüências de um mesmo fato.

Por outro lado, é reconhecido pela mesma doutrina que essa prática afronta a proporcionalidade, bem como a submissão a decisões contraditórias, e mostra preocupação com a consequente vulnerabilidade do próprio sistema.

O Decreto 2.181/97, que regulamenta o CDC, pretende dirimir tais conflitos, dispondo que quando instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela SENACON.

Também, o Decreto dispõe que, sendo o fornecedor acionado em mais de um Estado federado pelo mesmo fato gerador de prática infrativa, a autoridade máxima do sistema estadual poderá remeter o processo ao órgão coordenador do SNDC, que apurará o fato e aplicará as sanções respectivas. Ainda, nos casos de processos administrativos tramitando em mais de um Estado, que envolvam interesses difusos ou coletivos, a SENACON poderá avocá-los, após ouvida a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor, bem como as autoridades máximas dos sistemas estaduais.

No entanto, a solução dada pelo decreto regulamentador é seriamente criticada, no sentido de que, em respeito ao princípio federativo, não existe hierarquia entre órgãos federais, estaduais ou municipais quanto à aplicação de sanções administrativas. Na linha dos doutrinadores, não pode o Decreto regulamentador criar uma advocatória, ou seja, não cabe ao governo federal, por meio de um decreto, dirimir conflitos de competências fora do âmbito federal.

Diante do impasse, demonstrou-se o posicionamento do STJ que acertadamente reconheceu que a duplicidade de procedimentos e sanções frente a um mesmo fato afronta o princípio do *non bis in idem*.

Vê-se, pois, a ausência – ou insuficiência se considerado a previsão do Decreto – de legislação e de critérios expressos para a delimitação das competências e da consequente atuação dos órgãos.

Diante do problema, parte da doutrina sugere soluções a fim de que haja articulação entre os órgãos de defesa do consumidor e, nesse sentido, as infrações no âmbito Estadual são de competência do Procon do Estado e as de caráter nacional devem ser tratadas pela SENACON. Tal solução não fica livre de críticas daqueles que entendem que a adoção da medida depende de lei nesse sentido.

Existem propostas visando atuação mediante convênio para que órgãos estaduais realizem trabalho de coordenação e integração dos Procons municipais e que, no mesmo sentido, ocorra em relação a SENACON e a Procons Estaduais, com o fim de definir a atuação exclusiva ou concorrente em esfera nacional. Não sendo possível delimitar a atuação dos órgãos, é sugerida a gradação da pena, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

Há quem defenda que, diante da inexistência de subordinação entre os entes federados, os conflitos devem ser solucionados internamente, dentro da própria unidade federativa onde venham a ocorrer. Caso os conflitos ocorram entre distintos entes federados, a solução dependerá de pronunciamento judicial.

Conclui-se, portanto, que existem deficiências a ser sanadas no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, pois, em que pese a iniciativa do Decreto regulamentador do CDC em solucionar tais conflitos, a questão acaba sendo submetida ao Poder Judiciário.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vitor Morais de. **Sanções administrativas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Ed. Atlas. 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BRASIL, Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 01 jul. 2015.

BRASIL, Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm> Acesso em: 01 jul. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.087.892/SP (j. 22.06.2010, DJe 03.08.2010.). RECORRENTE: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON/SP. RECORRIDO: GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 22 jun. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200802063680&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 25065 / BA (2007/0211537-9). RECORRENTE: SUL AMÉRICA CAPITALIZAÇÃO S/A. RECORRIDO: ESTADO DA BAHIA. Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO - PRIMEIRA TURMA. Brasília, 11 mar. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200702115379&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FINK, Daniel Roberto. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2007.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da proibição de bis in idem no direito tributário e sancionador tributário**. São Paulo: Noeses, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAZZARINI, Álvaro. **Tutela administrativa e relações de consumo**, RT 704/7 *apud* MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 31 ed. Malheiros Editores, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. Ed. 13. São Paulo: Atlas, 2002, p. 219 *apud* STÉDILE, Luís Otávio. **O Princípio do *Non Bis in Idem***: E as implicações sobre a aplicação cumulada de sanções por ato de improbidade administrativa. São Paulo: IXTLAN, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Competência administrativa concorrente de fiscalização e repressão de infrações pelos órgãos de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor RT**, São Paulo, Ano 20, vol. 77, jan-mar./2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: RT 2000.

SODRÉ, Marcelo. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Direito do Consumidor**, p.282-284 *apud* BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

STÉDILE, Luís Otávio. **O Princípio do *Non Bis in Idem***: E as implicações sobre a aplicação cumulada de sanções por ato de improbidade administrativa. São Paulo: IXTLAN, 2012.

TAVARES, Alexandre Macedo. As Vias de Repressão dos Contribuintes (Procedimento Administrativo e Processo Penal) Sob o Prisma da Garantia do *Non Bis in Idem*. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 138, março de 2007.