

MEDIDAS REPARADORAS DE CONDUTA: ANÁLISE DA JURIDICIDADE E SUA NÃO APLICAÇÃO AO PROCON-MG

Fernando Ferreira Abreu
Christiane Vieira Soares Pedersoli

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) publicou, em 16 de outubro de 2012, no Diário Oficial da União (DOU), a Resolução nº 32, visando estabelecer gradação entre procedimentos de fiscalização por ela realizados. Esse ato normativo possibilita ao agente econômico a reparação de conduta irregular de pequena gravidade, evitando a aplicação das penalidades previstas na Lei Federal nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, e no Decreto Federal nº 2.953, de 28 de janeiro de 1999.

A medida reparadora de conduta é definida pelo artigo 2º, I, da referida Resolução: “ação em que o agente econômico repara o não atendimento a dispositivo da legislação aplicável, em prazo pré-estabelecido, e passa a cumpri-lo em sua integralidade, evitando a aplicação de penalidades”.

Este artigo objetiva analisar a juridicidade, bem como as possíveis repercussões da instituição das medidas reparadoras de conduta sobre as atividades fiscalizatórias do Procon-MG.

REGULAÇÃO E REGULAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O artigo 170 da Constituição da República de 1988 (CR/1988) inicia o capítulo correspondente aos princípios gerais da atividade econômica. O artigo 174, inserido nesse capítulo, dispõe que o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica”, a ele cabendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. A leitura desse dispositivo permite verificar que normatizar e regular são competências distintas para o legislador constituinte, caso contrário ele não mencionaria as duas, mas apenas uma.

Alvarenga (2006, p. 260) enfatiza:

A separação constitucional é sintomática: se é normativo e regulador, significa que *normatizar* não é *regular*. Assim como *regular* não inclui *normatizar*. Se qualquer dos dois conceitos estivesse embutido no outro, nenhum motivo haveria para que fossem usados os dois.

A regulação – principal finalidade para a qual foram instituídas as agências no ordenamento brasileiro – identifica-

se por um conceito amplo de atividade administrativa que inclui

o disciplinamento, a regulamentação, a fiscalização e o controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou através de concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público. (FIGUEIREDO *apud* ALVARENGA, 2006, p. 271-272).

Assim, a regulação materializa-se, principalmente, por atuações concretas do poder público que considerem os fins estabelecidos para determinado momento.

Determinados autores inserem os regulamentos no amplo conceito de regulação. Para eles, os regulamentos – que possuem sentido mais restrito – são uma das formas de manifestação do Estado enquanto regulador do mercado (DI PIETRO, 2006).

As definições de *regulamento* – tanto na doutrina pátria, como no direito comparado – são variadas. Os administrativistas brasileiros, em linhas gerais, conceituam os regulamentos como atos administrativos de caráter normativo, privativos do chefe do Poder Executivo e destinados à execução legal. Nesse sentido, citamos Di Pietro (1995), Gasparini (2007) e Meirelles (2000).

O caráter secundário dos regulamentos, no sentido de especificarem os conteúdos trazidos por uma lei, não pode ser perdido de vista. Binenbojm (2006) afirma que, não obstante parte da doutrina reconheça os regulamentos como lei em sentido material, eles nunca terão a mesma eficácia normativa e estatutária hierárquica de um ato com força de lei.

No direito comparado, vale citar a conceituação do jurista alemão Maurer (2000, p. 25), segundo o qual o regulamento é uma “disposição de direito, mas não disposição de direito original, e sim, derivado.” Ou seja, ele destaca o caráter inferior e secundário dos regulamentos.

Mesmo partindo-se da premissa que inclui os regulamentos como uma das concretizações da atividade de regulação estatal, é equivocado compreender que a competência para regular abrange automaticamente a de regulamentar. Mesmo porque, no Brasil, os regulamentos possuem previsão constitucional expressa e somente competem ao chefe do Poder Executivo (artigo 84, IV, CR/1988).

Por isso, é preciso cautela ao se afirmar que existe um “poder regulamentar amplo” das agências reguladoras, o que não possui guarida constitucional. Isso não significa,

contudo, que elas não tenham atribuição para editar normas visando dar fiel cumprimento às leis e aos regulamentos, tais como resoluções, portarias, instruções de serviço etc. (ALVARENGA, 2006).

ÂMBITO DE ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS E DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É cediço em nosso ordenamento, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial, que a atuação das agências regulatórias e o desempenho dos órgãos de defesa do consumidor são autônomos e independentes. As agências são “entidades administrativas com alto grau de especialização técnica, integrantes da estrutura formal da administração pública, instituídas como autarquias sob regime especial, com a função de regular um setor específico de atividade econômica ou um determinado serviço público, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que devem atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com imparcialidade perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade)” (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 159).

Dessa forma, elas devem manter as suas atribuições em termos de regulação setorial. Ou seja, devem se ater aos aspectos técnicos da atividade que regulam, representando a intervenção do Estado nas atividades econômicas em sentido amplo (Estado-regulador). Devem também sempre preservar a proteção das normas consumeristas, em consonância com a defesa do consumidor – direito fundamental (artigo 5, XXXII, CR/1988) e princípio da ordem econômica (artigo 170, V, CR/1988).

Os órgãos de defesa do consumidor, a seu turno, havendo indícios de infração à legislação consumerista, possuem o poder-dever de atuação, inexistindo usurpação das atribuições das agências.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão proferido pela Primeira Turma em outubro de 2009 sobre a atuação do Banco Central do Brasil (Bacen) – autarquia federal a quem incumbe a regulação das atividades estritamente financeiras e que é independente em relação aos órgãos de defesa do consumidor:

ADMINISTRATIVO. PENALIDADE APLICADA PELO PROCON À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES A CORRENTISTA. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA DO BACEN ADSTRITA ÀS INFRAÇÕES ÀS NORMAS QUE REGEM AS ATIVIDADES ESTRITAMENTE FINANCEIRAS. 1. O poder sancionatório do Estado pressupõe obediência ao princípio da legalidade do qual se deduz a competência da autoridade sancionadora, cuja carência de aptidão inquina de nulidade o ato administrativo. 2. A fiscalização das instituições financeiras e a aplicação de penalidades correspectivas, nos termos do art. 10, inciso IX, da Lei n.º 4.595/64, é de competência privativa do BACEN, *verbis*: Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas 3. Verbete sumular n.º 297, deste Superior Tribunal de Justiça,

verbis: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”, nos termos do seguinte precedente, deste E. STJ: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA PELO PROCON À COMPANHIA DE SEGUROS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO [...] 5. Consectariamente, verifica-se que a penalidade foi aplicada, não em decorrência de qualquer violação às normas que regem as instituições financeiras, mas, em verdade, em razão da omissão da autarquia em responder o pleito administrativo formulado por correntista que solicitara esclarecimentos acerca de débito desconhecido em sua conta, caracterizando-se, portanto, como uma infringência à legislação consumerista. 6. O ato administrativo de aplicação de penalidade pelo PROCON à instituição financeira por infração às normas que protegem o Direito do Consumidor não se encontra evadido de ilegalidade porquanto inócua a usurpação de competência do BACEN, autarquia que possui competência privativa para fiscalizar e punir as instituições bancárias quando agirem em desconformidade com a Lei n.º 4.565/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. 7. Raciocínio inverso conspiraria contra a ratio essendi dos dispositivos questionados porquanto inviabilizaria o acesso do consumidor-correntista à satisfação dos seus direitos haja vista que inexistente no ordenamento jurídico pátrio a descentralização nos Estados das atividades desempenhadas pelo BACEN. 8. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp: 1122368 AL 2009/0024370-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/09/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2009). (Grifo nosso)

Mutatis mutandis, a atuação do Procon-MG e da ANP deve ser compreendida da mesma forma.

Nesse diapasão, para melhor elucidação do tema, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) reconhece a juridicidade e independência do poder de polícia administrativa do Procon-MG:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PROCON - FISCALIZAÇÃO - POSTOS DE COMBUSTÍVEIS - COMPETÊNCIA - IMPOSIÇÃO DE MULTA - LEGALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO. - A teor do art. 55, §1º do CDC c/c art. 5º do Dec. 2.181/97 e art. 15 da Lei Estadual 14.066/01, o Procon/MG possui competência para fiscalização e aplicação de sanções administrativas aos postos de gasolina infratores da legislação que lhes diz respeito. - A verba honorária deve ser fixada por equidade e em valor razoável e proporcional, na forma do art. 20 do CPC, e “*ipso facto*” havendo arbitramento excessivo, impõe-se sua redução ao “quantum” arbitrado com fulcro naquele parâmetro. (Apelação Cível 1.0024.09.648085-0/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, J. 17/05/2011, DJe 03/06/2011). (Grifo nosso)

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA MEDIDA REPARADORA DE CONDUCTA

A Resolução ANP 32/12 prevê que o agente econômico, no prazo de 5 dias úteis, contados a partir da ação de fiscalização (art. 3º), ou durante o seu transcurso (art. 4º), poderá adotar medidas reparadoras de conduta, quando

ficar caracterizada o não atendimento aos dispositivos previstos em cada um desses artigos:

Art. 3º O agente econômico poderá adotar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados a partir da data da ação de fiscalização, medidas reparadoras de conduta quando ficar caracterizado o não atendimento aos seguintes dispositivos:

I - art. 12 da Portaria ANP nº 41, de 12 de março de 1999;

II - inc. VIII do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;

III - § 1º do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, somente quanto ao quadro de aviso;

IV - § 3º do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;

V - inc. II do art. 4º A da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, somente quanto à quantidade de bicos abastecedores, tipos de combustíveis e mudança de tancagem;

VI - inc. IX do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;

VII - § 1º do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001, somente quanto ao quadro de aviso;

VIII - inc. IV do art. 16 da Portaria ANP nº 297, de 18 de novembro de 2003;

IX - inc. VIII do art. 36 da Resolução ANP nº 15, de 18 de maio de 2005;

X - inc. XVI do art. 36 da Resolução ANP nº 15, de 18 de maio de 2005;

XI - inc. VII do art. 13 da Resolução ANP nº 4, de 8 de fevereiro de 2006;

XII - inc. X do art. 13 da Resolução ANP nº 4, de 8 de fevereiro de 2006;

XIII - inc. VIII do art. 15 da Resolução ANP nº 18, de 26 de julho de 2006;

XIV - inc. III do art. 21 da Resolução ANP nº 8, de 6 de março de 2007;

XV - § 4º do art. 3º da Resolução ANP nº 9, de 7 de março de 2007;

XVI - art. 4º da Resolução ANP nº 9, de 7 de março de 2007; e

XVII - inc. XIII do art. 19 da Resolução ANP nº 20, de 18 de junho de 2009.

Parágrafo único. A adoção de medida reparadora de conduta poderá abranger 1 (um) ou mais incisos do *caput* deste artigo.

Art. 4º O agente econômico poderá adotar medidas reparadoras de conduta durante o transcurso da ação de fiscalização quando ficar caracterizado o não atendimento aos seguintes dispositivos:

I - inc. IV do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000, somente quanto à informação sobre a aditivação do combustível comercializado;

II - inc. V do art. 10 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;

III - inc. II do § 3º do art. 11 da Portaria ANP nº 116, de 5 de julho de 2000;

IV - inc. VI do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;

V - inc. VII do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;

VI - inc. XV do art. 14 da Portaria ANP nº 32, de 6 de março de 2001;

VII - parágrafo único do art. 11 da Portaria ANP nº 297, de 18 de novembro de 2003;

VIII - observação nº “(3)” do “Quadro I: Tabela de especificação do Gás Natural” do Regulamento Técnico ANP nº 2/2008, integrante da Resolução ANP nº 16, de 17 de junho de 2008;

IX - caput do art. 27 da Resolução ANP nº 7, de 9 de fevereiro de 2011;

X - parágrafo único do art. 27 da Resolução ANP nº 7, de 9 de fevereiro de 2011; e

XI - art. 1º da Resolução ANP nº 63, de 7 de dezembro de 2011.

Parágrafo único. A adoção de medida reparadora de conduta poderá abranger 1 (um) ou mais incisos do *caput* deste artigo.

Analizando a instituição das “medidas reparadoras de conduta” pela ANP, verifica-se que ela não possui embasamento legal, tendo sido instituída por meio de uma Resolução.

As atribuições dessa agência encontram-se dispostas na Lei Federal 9.478, de 6 de agosto de 1997, na qual não há nenhuma menção sobre tais medidas. Ademais, a Lei Federal 9.847, de 26 de outubro de 1999, que “dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis”, também não prevê no rol de sanções administrativas do seu artigo 2º as intituladas “medidas reparadoras de conduta”¹.

A hierarquia das normas, como já exposto no presente ensaio, prescreve que o preceito dotado de natureza secundária que inove em relação ao conteúdo de uma lei é marcado pelo vício da ilegalidade. Assim, as medidas reparadoras de conduta somente podem ser inseridas no ordenamento pátrio através de lei instituidora.

A atuação dos órgãos de defesa do consumidor é regida pela Lei Federal nº 8.078/1990, norma de ordem pública e interesse social que não dispõe – no rol **exaustivo** de sanções elencadas no seu artigo 56 – sobre a advertência ou medida similar, como a reparação de conduta:

1 Art. 2º Os infratores das disposições desta Lei e demais normas pertinentes ao exercício de atividades relativas à indústria do petróleo, à indústria de biocombustíveis, ao abastecimento nacional de combustíveis, ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e ao Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis ficarão sujeitos às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil e penal cabíveis: (Redação dada pela Lei nº 12.490, de 2011)

I - multa;

II - apreensão de bens e produtos;

III - perdimento de produtos apreendidos;

IV - cancelamento do registro do produto junto à ANP;

V - suspensão de fornecimento de produtos;

VI - suspensão temporária, total ou parcial, de funcionamento de estabelecimento ou instalação;

VII - cancelamento de registro de estabelecimento ou instalação;

VIII - revogação de autorização para o exercício de atividade.

Parágrafo único. As sanções previstas nesta Lei poderão ser aplicadas cumulativamente.

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

A conclusão da Junta Recursal do Procon-MG é clara quando reconhece a impossibilidade de o agente fiscal ou a autoridade administrativa simplesmente advertir o infrator, sob pena de se configurar o delito de prevaricação:

É de se ver que a atuação do Órgão de Fiscalização é vinculada à legislação em vigor. Havendo a tipificação legal, não pode o agente fiscal ou a autoridade administrativa, sob pena de prevaricação, deixar de atuar e simplesmente “notificar” ou “advertir” o infrator – como quer o recorrente. Advertência, aliás, sequer consta do rol exaustivo de sanções elencados no art. 56 do CDC. O caráter “educativo” da atuação do Procon – cujo foco principal é a conscientização dos consumidores acerca de seus direitos – não exime ninguém de conhecer a Lei (art. 3º, LICC), notadamente os fornecedores em face das obrigações inerentes ao seu ofício.

(Recurso n.º 246.598/04, da Comarca de Governador Valadares). (Grifo nosso)

CONCLUSÃO

As atividades fiscalizatórias do Procon-MG e da ANP são autônomas, não se submetendo o órgão de defesa do consumidor às regras procedimentais instituídas pela agência citada.

As medidas reparadoras de conduta previstas pela ANP na Resolução 32/12, artigos 1º a 5º, ou em outra norma que venha a substituí-la, são incabíveis no âmbito do Procon-MG, que está adstrito à aplicação das sanções previstas no artigo 56 da Lei Federal nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Dessa forma, verificando a fiscalização do Procon-MG a existência de infrações às normas consumeristas, cabe a regular expedição do auto de infração, que será encaminhado às autoridades administrativas de defesa do consumidor para análise e, se for o caso, aplicação das sanções administrativas cabíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

ALVARENGA, José Eduardo de. Agências reguladoras: limites da competência normativa. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org). **Curso de direito administrativo econômico**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2006

BINENBOJM, Gustavo. **Um teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). **Curso de direito administrativo econômico**. V. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor – Código Comentado e Jurisprudência**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELOS E BENJAMIM, Antônio Herman de. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.