



11291886



08012.000677/2020-72



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria Nacional do Consumidor
Assessoria da SENACON

Nota Técnica n.º 3/2020/ASSESSORIA-SENACON/GAB-SENACON/SENACON/MJ

PROCESSO Nº 08012.000677/2020-72

INTERESSADO: Secretaria Nacional do Consumidor

1. RELATÓRIO

1. A Portaria nº 71/2020 do Ministro da Justiça e da Segurança Pública estabelece os critérios jurídicos e econômicos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), na esteira do artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) e artigos 3º, inc. XII, e 6º, do Decreto n. 2.181/1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Mais especificamente, o seu artigo 9º estabelece que o TAC fica sujeito a uma análise de conveniência e oportunidade, a partir de conceitos de análise econômica do direito, tais como, custo de oportunidade, probabilidade de recolhimento e valor esperado (que nada mais é do que o Valor Líquido), senão vejamos:

Art. 9º A análise de oportunidade e conveniência da celebração de termo de ajustamento de conduta pela Secretaria Nacional do Consumidor envolverá a avaliação do valor da pena pecuniária esperada e a probabilidade de efetivo recolhimento do montante ao erário.

§ 1º Considera-se valor da pena pecuniária esperada o valor da sanção a ser hipoteticamente imputada no processo administrativo, com base na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 e no Decreto no 2.181, de 20 de março de 1997.

§ 2º Eventual percentual de desconto a ser concedido no termo de ajustamento de conduta em relação à pena pecuniária deverá considerar:

I - a probabilidade de recolhimento imediato da sanção ao erário; e

II - o custo de oportunidade pela não conclusão célere do processo administrativo.

2. Trata-se de nota técnica cujo objetivo é explicitar como devem ser apresentados os critérios de conveniência e oportunidade adotados pela Senacon no âmbito das negociações de Termos de Ajustamento de Conduta, com base no que prevê a Portaria nº 71/2020, os quais devem ser feitos em todos os processos de TAC, em caráter confidencial, circulando apenas internamente no âmbito da administração pública para fins de aprovação e futuro registro e controle.

3. É o relatório.

2. DA ANÁLISE DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NA PORTARIA

4. Na esteira do art. 9º da Portaria, a análise de conveniência e oportunidade para celebração de um TAC é realizada em nota técnica específica para avaliação do acordo, e é feita após verificada a competência da Senacon para celebrá-lo e após demonstrado que todos os requisitos legais foram atendidos pela proposta da Requerente.

5. Para tanto, são examinados três aspectos principais: a efetividade da proposta apresentada na resolução do problema endereçado no processo administrativo em questão, a conveniência quanto ao

valor da contribuição pecuniária e as penalidades por eventual descumprimento do TAC, seja ele parcial ou total. Além disso, também leva-se em consideração, na análise, a conveniência de eventual recolhimento de contribuição pecuniária e o contexto das obrigações a serem assumidas pelo fornecedor proponente.

6. Nessa esteira, fundamental que a Nota Técnica em questão leve em conta o tempo de duração de um processo administrativo e depois sua discussão no âmbito da revisão judicial. Também deve ser considerado o custo de manutenção de ações anulatórias e de execuções fiscais decorrentes da atividade sancionatória da Senacon, aí incluídos custos financeiros e de transação.

7. A Nota Técnica deve também considerar o risco de reversão judicial da decisão administrativa. Nesse sentido, cabe tratar da probabilidade de manutenção da decisão tomada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) em eventual análise de recurso ou da Senacon. Essa análise pode ser feita tanto sob o aspecto estatístico ou jurimétrico, estabelecendo-se uma média da reversão judicial das decisões da Senacon, ou valendo-se de alguma proxy, ou então com uma análise do caso concreto, levando em conta critérios internacionais de auditoria[1].

8. Cumpre esclarecer que há no Brasil, como regra, incentivos e portanto alto apetite à judicialização, o que significa que a prática reputada ilegal pelo DPDC pode valer a pena do ponto de vista econômico do lado da empresa, que opta racionalmente pelo descumprimento da lei para obter ganho, à luz do baixo custo do descumprimento (o que Posner chamaria de “efficient breach”[2]).

9. A despeito da Portaria de TAC, cumpre esclarecer que a Senacon também vem tomando medidas para corrigir eventuais gaps nos processos administrativos, de forma a robustecer as condenações e diminuir o espaço para a judicialização, ou pelo menos, de probabilidade de êxito para as empresas, incentivando o cumprimento espontâneo da lei. Nesse sentido, cumpre esclarecer que foram tomadas medidas para correção dos eventuais problemas processuais, como a diminuição do prazo médio das condenações, estabelecimento de grupo para discutir um novo processo administrativo sancionador no âmbito da Senacon, uma nova forma de cálculo de dosimetria da pena e sugestão de aumento do teto das condenações por alteração legislativa de forma a garantir o espontâneo ou pelo menos eficaz cumprimento da legislação consumerista pelos agentes econômicos, ao invés de apostarem na lentidão da punição.

10. Mais especificamente, o principal critério para negociação do TAC previsto na Portaria é ao Valor Líquido em disputa ou Valor Esperado Presente, que tem como premissa a metodologia internacionalmente reconhecida da Análise Econômica do Direito[3], teoria segundo a qual o referencial quantitativo para acordos processuais não deve ser o valor da disputa em abstrato – ou no caso concreto, o valor da multa aplicada pela administração pública –, mas sim deve em mente o Valor Esperado Presente (VEP) do Litígio, o qual corresponde ao valor em disputa (no caso, repete-se, a multa administrativa aplicada) multiplicado pela probabilidade de manutenção da decisão judicial, que deve ainda ser diminuído dos custos de manutenção e de acompanhamento do processo judicial (aí incluídos os custos de oportunidade[4] de não implementação imediata da política pública de direito difuso em questão) para chegar ao valor ótimo do acordo (VOA)[5][6]:

VEP: (valor da multa x probabilidade de manutenção da decisão judicial) – custos de manutenção e de acompanhamento do processo judicial

11. Usando, por exemplo, uma multa aplicada pelo DPDC no valor de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais)[7] – e partindo-se da avaliação de uma contingência possível de 50% (anteriormente explicada), tem-se que o VEP seria de R\$ 4.500.000,00, sendo que este valor deverá ainda ser diminuído dos demais custos antes apontados, quais sejam custos de manutenção e de acompanhamento do processo judicial.

12. Assim, o valor da contribuição pecuniária deve ser avaliado com base no VEP, de modo que um acordo por, por exemplo, R\$ 2.250.000,00 sobre um VEP de 4.500.000,00 pode não configurar um

mau acordo para a Administração Pública, especialmente se presentes outros fatores que recomendam o TAC. Nesse sentido, a contribuição proposta deve ser avaliada não só em contraponto ao valor da multa em abstrato imposta pelo DPDC ou pela expectativa de multa, mas deve ser levado em conta o VEP. A depender dessa análise, a contribuição pode ser considerada razoável tendo em conta o risco de reversão da medida, além da esperada demora para que os valores ingressem no FDD caso a decisão administrativa seja mantida pelo Poder Judiciário.

13. Ademais, deve-se levar em consideração se o TAC prevê outras obrigações comportamentais além da contribuição pecuniária, que justificam a eficiência administrativa do acordo e que devem ser inseridas nessa análise. Dentre elas e mais importantemente, a abstenção da prática condenada, que deverá estar prevista nos acordos.

14. Outro compromisso a ser assumido nos TAC celebrados, e que é levado em consideração na avaliação da conveniência, refere-se à participação das empresas Proponentes no projeto Capacitação – Inovação em prol do Consumidor da Senacon, projeto que visa a melhoria do atendimento ao consumidor a partir da realização, pelos fornecedores, dos cursos ofertados pela Escola Nacional de Defesa do Consumidor. A educação e informação de fornecedores (para além dos consumidores), quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo é um dos princípios da Política Nacional de Defesa do Consumidor, estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) em seu artigo 4º, inciso IV.

15. Finalmente, há o tema do custo de oportunidade. Sendo os valores do acordo recolhidos, pela mesma Portaria, ao Fundo de Direitos Difusos (FDD), uma destinação tardia acaba prejudicando iniciativas que beneficiariam consumidores ou mesmo titulares de outros direitos difusos.

16. Sobre esse aspecto, vale uma menção do prejuízo à política pública voltada para os direitos difusos, o FDD, cujos recursos são aplicados em projetos de diferentes eixos temáticos, a saber: promoção da recuperação, conservação e preservação do meio ambiente; proteção e defesa do consumidor; promoção e defesa da concorrência; patrimônio cultural brasileiro e outros direitos difusos e coletivos. Na atual gestão, mais de um bilhão de reais foram aprovados em projetos[8].

17. Caso o acordo não seja firmado, o FDD ficaria, em média, muitos anos sem o investimento decorrente do valor da multa estabelecida pelo DPDC (partindo do pressuposto que ela seria mantida ou, ainda, não alterada pelo Poder Judiciário)[9] e, diante da importância dos projetos analisados, incorreria, nesse caso, ainda que de difícil estimativa, em prejuízo relacionado ao custo de oportunidade[10] da espera, sem falar dos custos de transação[11].

18. Assim, tendo em vista que a solução negocial economiza anos de discussão judicial e que afasta o risco de reversão total de eventual decisão da Senacon e, conseqüentemente, sem destinação de recursos para o FDD, tem-se que os acordos podem ser a melhor decisão possível em relação às alternativas sem acordo.

19. Por último, mas não menos importante, há o aspecto pedagógico. Ainda que o valor da contribuição pecuniária das empresas seja eventualmente mais baixo do que a multa que seria aplicada pelo DPDC, entende-se que a contribuição pecuniária, ao garantir o rápido pagamento, traz vantagens pedagógicas aos agentes econômicos e eficácia no respeito aos direitos do consumidor, ao contrário de um provável longo processo judicial anulatório da decisão administrativa.

3. CONCLUSÃO

20. Com base nos argumentos acima expostos, em nome da transparência, legalidade e eficiência, que fazem parte da análise de conveniência e oportunidade, restam demonstrados os critérios para a análise de conveniência e oportunidade nos TAC.

À consideração superior.

Isabela Maiolino

Assessora Técnica

De acordo.

Luciano Benetti Timm

Secretário Nacional do Consumidor

[1] BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Comitê de Pronunciamento Contábeis. Pronunciamento técnico CPC 25.

[2] Em seu livro *Economic Analysis of Law*, Posner define a quebra eficiente como “Em alguns casos, uma parte seria tentada a violar seu contrato simplesmente porque seu lucro com a violação excederia o lucro esperado com a conclusão do contrato. Se o lucro dele também exceder o lucro esperado para a outra parte após a conclusão do contrato e se os danos forem limitados à perda do lucro esperado, haverá um incentivo para cometer uma violação. Deveria haver. O custo de oportunidade da conclusão para a parte infratora é o lucro que ele obteria com uma violação e, se for maior que o lucro da conclusão, a conclusão envolverá uma perda para ele.” (tradução livre). POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2003.

[3] ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Organizadores). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. TIMM, Luciano Benetti (Coordenador). **Direito e Economia**. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. COASE, Ronald H. O Problema do custo social. *Journal of Law Economics*, 1960. NORTH, Douglass C. **Custos de Transação, Instituições e Desempenho Econômico**. 3ª ed. Instituto Liberal: Rio de Janeiro, 2006.

[4] De acordo com Mankiw, o custo de oportunidade de um item é qualquer coisa de que se tenha de abrir mão para obtê-lo. Enquanto o lucro contábil considera apenas os custos explícitos, aqueles que implicam pagamento em espécie. O lucro econômico considera o custo de oportunidade, englobando os custos explícitos e implícitos. Na maioria dos casos, o custo de oportunidade não é calculado devido sua subjetividade, dificultando ser mensurado. MANKIW, Gregory N. **Principles of Economics**. 7nd Ed., Cengage Learning, 2015.

[5] Sobre o assunto, consultar WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. Revista dos Tribunais, 2019; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; RIBEIRO, Gustavo Ferreira (coord.). **O jurista que calculava**. Editora CRV, 2013.

[6] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5ª edição. Bookman, 2010.

[7] A pena máxima possível de ser aplicada em caso de descumprimento ao Código de Defesa do Consumidor é de cerca de R\$ 9.374.936,32 (nove milhões, trezentos e setenta e quatro mil, novecentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos), conforme art. 57, parágrafo único, do mesmo normativo.

[8] PARANHOS, Thais; WALTENBERG, Guilherme. Justiça investirá R\$ 1 bi na recuperação de teatros e cisternas - Montante vem do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, ligado à Secretaria Nacional do Consumidor. Portal Metrópoles. 25 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.metrópoles.com/brasil/mj-vai-investir-r-1-bi-na-recuperacao-de-teatros-e-cisternas>>. Com R\$ 714 mi, Fundo de Defesa de Direitos Difusos supera investimentos dos últimos cinco anos. 27 nov. 2019. Portal do Ministério da Justiça. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/com-r-714-milhoes-fundo-de-defesa-de-direitos-difusos-supera-investimentos-dos-ultimos-cinco-anos>>.

[9] Diante desse cenário, cumpre esclarecer que a Senacon vem desenvolvendo e se envolvendo em políticas públicas de promoção de métodos consensuais de disputas, de modo a diminuir o número de processos administrativos e judiciais e com isso aumentar a eficácia do respeito aos direitos do consumidor.

[10] Em síntese, o custo de oportunidade (ou *tradeoff*) é de uma escolha corresponde à aquilo que se perde e/ou aquilo que se deixa de ganhar em face das alternativas decisórias disponíveis. No presente caso, o custo de oportunidade corresponde de se receber o valor esperado da condenação no presente com a aplicação de algum fator de redução deve ser comparado com o custo (inclusive os de administração processual) para recebe-lo no futuro, em data incerta. Nesse sentido, cf. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 61-62. Aliás, que o Manual de Negociação da Advocacia-Geral da União leva em conta o custo de oportunidade para a formatação financeira de suas propostas de acordo. Neste sentido, cf. SANTOS, Diogo Palau Flores do. Técnicas de Negociação no âmbito institucional. *In*: MARASCHIN, Márcia Uggeri. **Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard**. Brasília: Escola da Advocacia da União Ministro Vítor Nunes Leal, 2017, p. 118 *et. seq.*

[11] Custos de operação são aqueles a que estão sujeitas todas as operações de um sistema econômico. Nesse sentido, ver: COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**, 1937.



Documento assinado eletronicamente por **Luciano Benetti Timm, Secretário(a) Nacional do Consumidor**, em 19/03/2020, às 11:42, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Isabela Maiolino, Assessor(a) Técnico(a)**, em 19/03/2020, às 11:45, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **11291886** e o código CRC **BF2D6B5E**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/aceso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.