



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso n.º 16865/2019
Processo Administrativo n.º 0024.15.001416-5/002
Comarca de Belo Horizonte
Recorrente : Tim Celular S.A.
Recorrido : Primeira Turma da Junta Recursal do Procon-MG

RELATÓRIO

Ao relatório de fl. 288, devo acrescentar que a Primeira Turma desta Junta Recursal, em reexame necessário, à unanimidade de votos, reformou a decisão *a quo* por entender que a conduta do fornecedor, de acordo com as provas dos autos, caracterizou cobrança indevida do serviço de valor adicionado “Tim Protect”, e assim, condenou a empresa ao pagamento da multa no valor de R\$ 10.246.606,04 (dez milhões, duzentos e quarenta e seis mil e seiscentos e três reais e quatro centavos).

Inconformada, a concessionária de telefonia interpôs recurso a este Órgão Colegiado pleiteando, em preliminar, a nulidade da decisão, com os seguintes fundamentos:

- a) por impossibilidade de instauração de processo administrativo sancionatório pelo Ministério Público a reforma da decisão;
- b) litispendência e *bis in idem*;

No mérito, pugnou pela insubsistência da infração em razão dos fatos se tratarem de direitos individuais, além da comprovação nos autos da regularidade na comercialização e cobrança dos serviços de valor adicionado, notadamente o “Tim Protect”; a redução do valor da multa, calculando-o com a divisão do faturamento bruto da empresa pelo número de estados da Federação (fls. 301/321).

Eis, em síntese, os fatos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Ao douto revisor.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2019

DENILSON FEITOZA PACHECO
Procurador de Justiça
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso n.º 16.865/2019

Recurso n.º 16.865/2019
Processo Administrativo n.º 0024.15.001416-5/002
Comarca de Belo Horizonte
Recorrente : Tim Celular S.A.
Recorrido : Primeira Turma da Junta Recursal do Procon-MG

ACÓRDÃO

Acorda a Segunda Turma da Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG), em conformidade com a ata de julgamentos, incorporando neste o relatório de fls., à unanimidade de votos rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2019.

DENILSON FEITOZA PACHECO
Procurador de Justiça
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

VOTO

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CODUÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. LITISPENDÊNCIA E *BIS IN IDEM*. PRELIMINARES REJEITADAS. INFRAÇÃO QUE CONFIGURA LESÃO A DIREITO INDIVIDUAL. TESE NÃO AMPARADA PELAS PROVAS DOS AUTOS. COBRANÇA INDEVIDA POR SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO – *TIM PROTECT* - CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA. FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS E DE ACORDO COM PRECEDENTES DESTA JUNTA RECURSAL. RECURSO NEGADO PROVIMENTO.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

A Tim Celular S.A. interpôs o presente recurso em face da decisão proferida pela 1.^a Turma da Junta Recursal do Procon-MG que reformou a decisão monocrática de arquivamento do feito.

Segundo a recorrente, em preliminar, a decisão seria nula, considerando que o Ministério Público não detém atribuição para instauração de processo administrativo sancionatório, além de restar configurada litispendência e *bis in idem* no caso dos autos, considerando que tramita feito com o mesmo objeto no DPDC/Senacon – Processo Administrativo nº 08012.00376/2013-87.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

1 PRELIMINARES

1.2 DA LEGITIMIDADE PODER DE POLÍCIA DOS PROCONS – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

De início, necessário apresentar fundamento às bases constitucional e legal da proteção administrativa do consumidor, das quais decorre a legitimidade do poder de polícia dos PROCONS, sem prejuízo da tutela empreendida pelo DPDC, a Secretaria Nacional do Consumidor, as agências reguladoras e demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades de defesa do consumidor.

Importante registrar, que as atribuições do DPDC/Secretaria Nacional do Consumidor, das agências reguladoras, de outros órgãos públicos envolvidos na fiscalização de produtos e serviços (Instituto Mineiro de Agropecuária (IMA), Vigilâncias Sanitárias Estaduais e Municipais, Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), Ministério da Agricultura, etc.) e dos PROCONS, antes de se excluírem, **são comuns e concorrentes, quando se tratar da fiscalização das relações de consumo.**

Nesse sentido, prevê a Constituição Federal de 1988:

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (CF, art. 5º, XXXII).

“O Congresso Nacional, dentro do prazo de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor” (ADCT, art. 48).

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, é importante frisar, entre outros aspectos:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

1º) elaborou “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do arts. 5º, inciso XXXII, 170, V, da Constituição Federal e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” (art. 1º);

2º) estabeleceu a Política Nacional das Relações de Consumo, entendida por um conjunto de ações dos órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor, articuladas e preordenadas ao atendimento das necessidades dos consumidores, preservando a sua dignidade, a sua saúde e segurança e os seus interesses econômicos (art. 4º, “caput”);

3º) vinculou o atendimento dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, dentre outras estratégias, a uma ação governamental de proteção efetiva do consumidor, pela presença do Estado no mercado de consumo (art. 4º, II, “c”), à coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal, que possam causar prejuízo aos consumidores (art. 4º, VI), e, ainda, à efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI);

4º) instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais de defesa do consumidor, além das entidades civis que se ocupem do mesmo objetivo (art. 105);

5º) disciplinou a atuação concorrente e solidária das entidades políticas, as espécies de sanções administrativas, seus requisitos legais e regulamentou, por exigência do art. 2º da Lei Federal n.º 8.656, de 21/5/93, o procedimento para aplicação das mesmas, através do Decreto Federal n. 2.181, de 20/3/97 (arts. 55 a 60).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

Assim, a redação do art. 55, § 1º, do CDC, abaixo transcrito:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”.

Por isso é que o estatuto consumerista previu a existência de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, além das entidades privadas de defesa do consumidor, cujos exemplos mais claros são o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), no nível nacional, e os PROCONS, nos níveis estadual, distrital e municipal (CDC, art. 105).

Percebe-se, portanto, que embora o DPDC/SENACON, as agências reguladoras e outros órgãos públicos possam se ocupar da defesa do consumidor, é indubitoso que cabe aos órgãos públicos de defesa do consumidor, direta e autonomamente, exercê-la, de modo “efetivo” ou “eficiente”, tal como exige a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (CF, art. 5º, XXXII; ADCT, art. 48; CDC, art. 4º, II, “c” e VI).

Nesse sentido, oportuno trazer à colação as lições de JOÃO BATISTA DE ALMEIDA, acerca da atuação dos órgãos de defesa do consumidor:

No âmbito federal:

“Além do DPDC, órgão de atuação específica, outros existem, no âmbito federal, que atuam direta e reflexamente na defesa do consumidor. É o caso, por exemplo, do Inmetro - Instituto Nacional de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, com atuação destacada na fiscalização de pesos e medidas; da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, agora transformada em Agência, que cuida da área de cosméticos, alimentos, medicamentos e produtos sanitários domésticos e dos órgãos de inspeção de produtos de origem animal e vegetal. Não há dúvida de que, ao exercerem as funções para as quais foram preponderantemente criados, esses órgãos da Administração Federal obliquamente acabam por defender o consumidor, na medida em que impedem a distribuição e a comercialização de produtos deteriorados, com prazo de validade vencido, com peso abaixo do anunciado e em desconformidade com as normas sanitárias, o que vem beneficiar o consumidor, que, assim, encontra um mercado depurado destas costumeiras fraudes. Em face do tamanho da máquina administrativa federal e da singularidade de sua estrutura, torna-se difícil um trabalho de coordenação entre esses vários órgãos e o órgão específico de defesa do consumidor, restando a esperança de que, uma vez instalados por este, tais órgãos esparsos efetivamente desencadeiem a ação saneadora e fiscalizadora de que estão investidos. Por isso mesmo, dispôs o Decreto n. 2.181/97: “Art. 7º. Compete aos demais órgãos públicos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais que passarem a integrar o SNDC fiscalizar as relações de consumo, no âmbito de sua competência, e autuar, na forma da legislação, os responsáveis por práticas que violem os direitos do consumidor.”

nos Estados e Municípios:

“No âmbito estadual, da mesma forma, existem os órgãos específicos de defesa do consumidor, os chamados Procons, ao lado de outros órgãos que, atuando em áreas afins, como saúde e agricultura, prestam grande auxílio e executam a proteção do consumidor. Os Procons estão sediados nas Capitais dos Estados e têm por missão orientar,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

proteger e defender os direitos e interesses dos consumidores, bem como estimular a criação de órgãos municipais de defesa do consumidor, no respectivo território. As atribuições dos órgãos estaduais, do Distrito Federal e municipais específicos de defesa do consumidor, no âmbito de sua jurisdição e competência, foram definidas pelo Decreto federal n.º 2.181/97. Além das atividades contidas nos incisos II a XII do Art. 3º do citado decreto, incumbe-lhes, ainda: I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor; II - dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas; III - fiscalizar as relações de consumo; IV - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei n.º 8.078, de 1990, pela legislação complementar e por esse decreto.”¹

Tais atribuições são previstas na própria Constituição Federal, ao estabelecer competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislarem sobre:

“produção e consumo” (art. 24, V);

“responsabilidade por dano ao consumidor” (art. 24, VIII).

Firma-se, assim, a legalidade e a legitimidade de atuação dos órgãos públicos de defesa do consumidor na fiscalização dos fornecedores que praticam relações de consumo e na aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, em consonância com aquelas previstas na legislação complementar, sem prejuízo da atuação das agências reguladoras e de outros órgãos públicos federais, estaduais, distrital e municipais.

¹ *A proteção jurídica do consumidor*. 5ª ed. Saraiva, p. 179-180



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Registro que o órgão do Ministério Público Mineiro, ao contrário do que defende o recorrente, recebeu delegação do Constituinte Estadual para exercer as atividades do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON-MG (CE: ADCT, art. 14), e, assim, cumprir o dever de fiscalizar, no território mineiro, a oferta e comercialização de produtos e serviços.

Diante disso, decorreu a edição dos arts. 22 e 23, V e VI, da Lei Complementar Estadual n. 61, de 12/7/01, que dispôs sobre a organização do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, assim redigidos:

“Fica criado o Programa Estadual de Proteção ao Consumidor - PROCON-MG, na estrutura do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado, para fins de aplicação das normas relativas às relações de consumo, especialmente as estabelecidas na Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e no Decreto Federal n.º 2.181, de 20 de março de 1997” (art. 22).

“Compete ao Programa Estadual de Proteção ao Consumidor, órgão vinculado diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça, exercer, por meio de sua Secretaria Executiva, a coordenação da política do Sistema Estadual de Defesa do Consumidor - SEDC, com competência, atribuições e atuação em todo o Estado, cabendo-lhe:

V - fiscalizar as relações de consumo e aplicar as sanções e penalidades administrativas previstas na Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;

VI - funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e pela legislação complementar” (art. 23).

Logo, não há dúvida de que a atuação dos órgãos públicos de defesa do consumidor na fiscalização das relações de consumo, como a de qualquer outro órgão público, é concorrente e solidária, como, aliás, prevê o Código de Defesa do Consumidor, sob pena de tornar letra morta a exigência constitucional de que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII).

Portanto, o PROCON (estadual ou municipal), ao empreender ações fiscalizatórias no mercado de consumo, age em nome próprio e com objetivo próprio, qual seja o de defender os interesses dos consumidores e, apesar exercer nesse caso função atípica daquelas que foi constitucionalmente investido, nenhuma inconstitucionalidade, até então, foi reconhecida pelo Judiciário.

Desse modo, **rejeito a questão preliminar do fornecedor**, entendendo que o PROCON Estadual, na fiscalização das operadoras de telefonia, não tem qualquer óbice que impeça o exercício do poder de polícia por este órgão, sendo legítimo também seu poder sancionatório, sem que isso implique em inconstitucionalidade. Noto que **o recorrente não colaciona sequer uma decisão que declare a inconstitucionalidade por ele aventada. Assim, não há nulidade a ser declarada.**

1.3 DA INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA E *BIS IN IDEM*

Registro que dúvida não há de que um mesmo fato pode configurar infração ao direito consumerista e a uma outra área distinta daquele simultaneamente. Por isso, o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Chefe do Poder Executivo, ao editar o Decreto Federal n.º 2.181, de 1997, fez constar do § 2.º do artigo 18 o seguinte:

Art. 18. [...]

§ 2.º As penalidades previstas neste artigo serão aplicadas pelos órgãos oficiais integrantes do SNDC, sem prejuízo das atribuições do órgão normativo ou regulador da atividade, na forma da legislação vigente.

Assim, nada impede que esses órgãos atuem concomitantemente para apurar fato que viole direito do consumidor e, ao mesmo tempo, legislação específica, como é o caso dos regulamentos técnicos expedidos pelas agências reguladoras.

Nesse sentido é pacífico o entendimento de nossos tribunais, valendo citar como exemplo a decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.081.366-RJ interposto pela Telemar Norte Leste S.A., do qual transcrevo os seguintes excertos:

[...]

2. A atividade fiscalizadora e normativa das agências reguladoras não exclui a atuação de outros órgãos federais, municipais, estaduais ou do Distrito Federal, como é o caso dos Procon's ou da própria Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que podem fiscalizar, apenas, qualquer pessoa física ou jurídica que se enquadre como fornecedora na relação de consumo, nos termos do art. 3.º e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes: RMS 24.921/BA, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 12.11.2008; REsp 26.397/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 11.4.2008; REsp 25.065/BA, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 5.5.2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

(STJ, Órgão julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Benedito Gonçalves, data do julgamento: 5.6.2012)

A despeito disso, observa-se que existem situações que configuram violação do princípio do *ne bis in idem*, caso em que o fato apurado pelos dois ou mais órgãos **coincidem integralmente, com identidade de objeto, de fornecedor, de momento em que a suposta infração ocorreu e de fundamentação adotada na apuração dos fatos e na decisão.**

No caso em estudo, entendo que, embora os objetos do presente processo administrativo e o outro processo citado possam ter objetos semelhantes, embora com especificidades próprias (que foi reconhecida pela própria Anatel, conforme adiante será demonstrado), **distinto também é ou o período em que as infrações ocorreram.**

Nesse sentido, temos que o processo administrativo nº 0024.15.001416-5/001 que tramitou no Procon-MG iniciou-se após notícia de fato motivada por reclamação consumerista efetuada em 30.01.2015, sendo, na sequência deflagrada Investigação Preliminar em 12.02.2015 e, por fim, **a instauração do Processo Administrativo em 02.02.2016. Já os fatos apurados pelo DPDC ensejaram a instauração do Processo Administrativo nº 0812.003776/2013-87, em 10.11.2014, por meio da Nota Técnica nº 220-2014 (conforme decisão anexa – Nota Técnica 34/2019/CSA-SENACON/CGTSA/DPDC/SENACON/MJ, item 8).**

A propósito, transcrevo excerto do Ofício remetido pela Agência Reguladora à autoridade primeva:

“1. Cumprimentando-o cordialmente, acusamos o envio do Ofício 4709/2015/Serviços Regulamentados pela ANATEL encaminhado a este Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, do



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

Ministério da Justiça – MJ, o qual **solicita informações acerca de eventual processo administrativo que trate da inserção indevida de cobrança de serviço chamado “Tim Protect”, não solicitado pelo consumidor, nas faturas de serviços encaminhados pela Empresa Tim Celular S.A.**

2. Nesse sentido, noticiamos que no âmbito deste Departamento, **não existe processo administrativo em face da empresa Tim Celular S/A que trate especificamente sobre o objeto acima.** Contudo, está em trâmite em face da referida Operadora, o Processo Administrativo nº 08012.003776/2013-87, que contempla como objeto supostas irregularidades na comercialização de serviços de valores adicionados, com o fornecimento de serviço não solicitado pelo consumidor. O referido processo administrativo foi instaurado por intermédio da Nota Técnica nº 220/2014/CPA/CGTPA/DPDC/Senacon/MJ e encontra-se em fase de instrução, cujos argumentos técnicos acerca da sua conclusão serão relatados e consubstanciados em Nota Técnica a ser proferida por essa Coordenação-Geral de Consultoria Técnica de Processos Administrativos – CGTPA, para posterior apreciação da Sra. Diretora Substituta deste Departamento (fls. 94-95 – grifos nossos)”.

Portanto, sendo distintos os marcos temporais em que as infrações ocorreram e inexistindo processo específico quanto ao objeto desses autos, não há possibilidade de violação do princípio do *ne bis in idem*, da ocorrência de litispendência, relativamente ao **Processo Administrativo nº 0812.003776/2013-87** instaurado pelo DPDC e o presente, sendo possível a condenação da fornecedora em ambos os feitos.

Impende considerar, ainda, a menção acerca do objeto dos feitos, registrada pela própria autoridade primeva no decorrer do feito, que constou do voto condutor da Primeira



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Turma Recursal, da lavra do Procurador de Justiça Antônio de Padova Marchi Júnior:

Outrossim, no curso do processo administrativo a própria autoridade administrativa primeva assim manifestou:

[...] Analisando os autos do Processo Administrativo nº 08012.003776/2013-87 em trâmite no âmbito da Senacom (acesso disponibilizado via SEI a este Promotor de Justiça), **verifico que o feito não abarca o serviço de valor adicionado 'Tim Protect', objeto destes autos (fl. 228).**

Recursal: O tema *sub examine* não é novo nesta Junta

[...]

E, de plano, posso dizer que não há de se falar em *bis in idem*, pois, embora referidas infrações sejam semelhantes e o autuado seja o mesmo, **elas diferem quanto ao momento em que foram apuradas.**

Nesse sentido, o Auto de Constatação n.º 5376 foi lavrado em 13 de fevereiro de 2014 (fls. 16-17), e o Auto de Constatação n.º 5377, que subsidiou a instauração do Processo Administrativo n.º 0024.13.005632-8 (RAC n.º 10.990/2014 – fls. 18-19), foi lavrado em 7 de março de 2014, ou seja, com uma diferença de mais de vinte dias entre as fiscalizações.

Para a configuração de *bis in idem*, esses três elementos – infração, agente infrator e **data em que os fatos foram constatados** – devem coincidir, ou, quando muito, o lapso temporal deve ser insuficiente para que o agente adapte sua conduta ao comando normativo.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

No caso dos autos, entendo que a reiteração de condutas violadoras do Decreto n.º 6.523/2008 não permite concluir que houve violação ao princípio do *bis in idem*.

Sobre a matéria em discussão, os tribunais pátrios têm se posicionado da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. PROFISSÃO REGULAMENTADA. FISCALIZAÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. ANUIDADES. PRESCRIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. MULTA. CAPITULAÇÃO. ART. 24 DA LEI Nº 3.820/60. IMPUTAÇÃO. *BIS IN IDEM*. INFRAÇÕES DISTINTAS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. REGULARIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO VERIFICADO. DEPÓSITO PRÉVIO. PREJUDICADO.

1. Era ônus que cabia ao embargante, a comprovação de que não estava sujeito aos efeitos da decisão judicial liminar, proferida em mandado de segurança coletivo, que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário e do implemento do prazo prescricional.

2. "... O Conselho Regional de Farmácia é competente para a aplicação de multa por descumprimento da obrigação de manter profissional devidamente habilitado durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento, de acordo com os arts. 10 e 24 da Lei nº 3.820/60 c/c art. 15 da Lei nº 5.991/73... (Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.70.00.004056-2/PR. Relatora: Des. Federal Silvia Goraieb. 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Publicado no D.J.U. de 05/04/2006)

3. O fato da infração se perpetuar no tempo não gera impedimento para que a administração pública competente proceda a fiscalização e novas autuações, com imputação de sucessivas multas, quando observado o decurso de, entre um e outro



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG

Recurso nº 16.865/2019

ato fiscalizatório, prazo suficiente para que o fiscalizado regularizasse a situação, sem tê-lo feito.

4. Observadas as formalidades essenciais (Termos de Inspeção e respectivos Autos de Infração, intimação do contribuinte por preposto e notificação via postal com AR, para a interposição de defesa), carece de fundamento a alegação de cerceamento de defesa para, em juízo, pretender a anulação do procedimento administrativo, quando, no seu curso, quedou-se inerte. Prejudicado o exame da ilegalidade da exigência do depósito prévio para impugnar na via administrativa.

5. A dívida ativa regularmente inscrita é dotada de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez, só podendo ser afastada por prova inequívoca.

(Tribunal Regional Federal da 4.^a Região – Apelação Cível n.º 18838320084047006 PR 0001883-83.2008.404.7006 – Órgão julgador: 2.^a Turma - Relator: Des. Federal Otávio Roberto Pamplona - Data do julgamento: 24.08.2010 – Data da Publicação: D.E. 01.09.2010 – **grifos nossos**)

Destarte, resta constatado que **o processo instaurado pelo DPDC e este processo administrativo são completamente diferentes quanto ao tempo de instauração, o que denota a perpetuação da prática infrativa pela fornecedora.**

Ademais, a insurgência da recorrente quanto ao fato de ter constado na decisão da Primeira Turma na fundamentação o fato do processo administrativo do DPDC ter tramitado na ANATEL, o que justificaria a extinção do feito, noto pelas provas dos autos, que tratou-se de mero erro material constante da decisão, passível de correção nesta instância, o que o faço de ofício.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Por conseguinte, não há que se falar em violação ao princípio do *non bis in idem*, conseqüentemente, não existe nulidade a ser declarada.

Portanto, rejeito as preliminares arguidas.

2. MÉRITO

Quanto à infração em si, argumenta a recorrente que a investigação fundamentou-se em reclamações individuais, a respeito das quais a TIM apresentou esclarecimentos.

Aqui, também, não vejo como acolher a tese da recorrente.

Nos termos do parágrafo único do artigo 81 da Lei Federal n.º 8.078, de 1990, consideram-se direitos individuais homogêneos, “os decorrentes de origem comum”.

Rizzatto Nunes, discorrendo sobre referidos direitos, escreve:

Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um porque, se for um só, o direito é individual simples, e determinado porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneo, o direito é individual.

Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no polo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio ativo; quando se trata de direito individual homogêneo, a hipótese é de direito coletivo – o que permitirá, inclusive, o ingresso de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

ação judicial por parte dos legitimados no art. 82 da lei consumerista.

[...] O estabelecimento do nexo entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos se dá numa situação jurídica – fato, ato contrato etc. – que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado. Ou seja, o liame que une os titulares do direito violado há de ser comum a todos.

Apesar disso – isto é, apesar de ter origem comum, não se exige, nem se poderia exigir, que cada um dos indivíduos atingidos na relação padeçam do mesmo mal. Aliás, não só o aspecto do dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença, como o fato de serem tais danos diversos em nada afeta a ação coletiva de proteção e apuração dos danos ligados aos direitos individuais homogêneos.

[...] Aqui o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados do direito individual homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível.
(*Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 814-815).

No caso dos autos, a despeito dele constarem apenas vinte reclamações, não tenho dúvida que a cobrança indevida sem o prévio conhecimento e solicitação dos consumidores se deu de forma generalizada pela operadora de telefonia móvel e a eles não se restringiu, configurando, portanto, violação a direito individual homogêneo a legitimar a atuação ministerial.

Outrossim, as provas dos autos estão completamente na direção contrária da argumentação do recorrente, notadamente porque não há nada nos autos que aponte no sentido de que havia exigência de segunda confirmação (duplo *opt in*), comprovação do período de período



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

de gratuidade e envio de mensagens aos usuários do fim desta, não passando da esfera de meras alegações.

Nesse passo, foram os bem lançados fundamentos da decisão combatida, cujo Relator Antônio de Padova Machi Júnior, registrou:

[...]

as resoluções da Anatel n. 477, art. 44, § 3º, 614/2013, art. 56, inciso II; e 632/2014, artigo 3º, inciso XX, albergam o direito de escolha dos consumidores e proíbem qualquer espécie de cobrança de serviço que não decorra de prévia anuência ou autorização deles.

No caso, não há prova de que tenha havido a contratação do serviço, de modo que caracterizada ofensa ao princípio da vulnerabilidade do consumidor. E, se a cobrança ocorreu sem solicitação e adesão formal do consumidor, é possível, inclusive, postular a repetição de indébito, à luz do disposto no art. 42, parágrafo único, do CDC. (fls. 294vº/295).

Impende considerar, mais uma vez, que pela análise detida dos autos, não procedem as alegações da TIM no sentido de que a decisão da Primeira Turma baseou-se em processo administrativo contra ela instaurado na ANATEL, quando na verdade, o feito tramitou no DPDC. Como já demonstramos na desconstituição da preliminar argüida, nota-se claramente que, **embora a decisão combatida tenha mencionado ANATEL, à toda evidência que tratou-se de um erro material, haja vista que todo acervo probatório aponta no sentido contrário, ou seja, que o feito tramitou no DPDC.**

Importante observar que a decisão prolatada pelo DPDC versa sobre práticas infrativas diversas daquela tratada nos presentes autos, fato que pode ser facilmente constado pela leitura do inteiro teor da decisão (cópia anexa).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

Insurge-se, ainda, a TIM S.A., quanto à multa a ela imposta, tencionando que o faturamento bruto nacional seja dividido pelos 27 (vinte e sete) estados da federação, para que se chegue ao faturamento da empresa no estado da Federação.

Entendo não ser possível acolher essa tese, diante das distorções desproporcionais entre a realidade deste estado (demografia e extensão) e o número de unidades da federação. Além disso, elucido que o pleito recursal, apesar de trazer à colação julgados deste Órgão Colegiado, esse já não é mais o entendimento desta Junta Recursal.

Como fundamento, utiliza-se como fundamento o § 4º do artigo 63 da Resolução PGJ n.º 11, de 2011.

Ora, o citado dispositivo restringe a situações específicas em casos de identificação do local da infração, o que não acontecesse na situação do feito, em que há notícias de infrações de natureza por todo país, razão pela qual não será possível a adoção do valor de receita bruta sugerido pela recorrente.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2019.

DENILSON FEITOZA PACHECO
Procurador de Justiça
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Junta Recursal Promotor de Justiça Francisco José Lins do Rêgo Santos – Procon-MG
Recurso nº 16.865/2019

O PROCURADOR DE JUSTIÇA MÁRCIO GOMES DE SOUZA

VOTO

De acordo.

**O PROCURADOR DE JUSTIÇA LUCIANO FRANÇA DA
SILVEIRA JÚNIOR**

VOTO

De acordo.

SÚMULA: à unanimidade de votos, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao recurso.