

LEONARDO GARCIA

Código de
**Defesa do
Consumidor**

Comentado

artigo por artigo

18^a | revista
Edição | atualizada
ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Título I

Dos Direitos do Consumidor

Capítulo I Disposições Gerais

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

O ponto de partida da preocupação mundial dos direitos dos consumidores é considerado por muitos a partir do discurso do presidente americano John Kennedy ao congresso americano em 15 de março de 1962, em que defendeu a necessidade de proteção do consumidor através dos direitos básicos à *segurança* (contra a comercialização de produtos perigosos ou nocivos à saúde e à vida), *informação* (incluindo a propaganda e a obrigatoriedade do fornecimento de informações sobre os produtos e sua utilização), *escolha ou opção* (no combate aos monopólios e oligopólios e na defesa da concorrência) e *de ser ouvido* (na elaboração das políticas públicas que impactam no seu interesse). “*Consumidores somos todos nós*” foi uma das falas do então presidente americano e que se tornou o marco do nascimento da proteção aos direitos dos consumidores com grande impacto nos Estados Unidos e em todo o mundo.

A data de 15 de março então, em homenagem ao discurso do presidente Kennedy, passou a ser comemorada como o Dia Mundial dos Direitos dos Consumidores. Em 1985, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), através da Resolução 39/248, aprovou diretrizes para a proteção dos consumidores, influenciando vários países a legislarem sobre o tema, entre eles o Brasil.

A Constituição Federal de 1988, incorporando uma tendência mundial de influência do direito público sobre o direito privado, chamada pela doutrina de “*constitucionalização do Direito Civil*” ou de “*Direito Civil Constitucional*”, adotou como princípio fundamental,¹ estampado no art. 5º, XXXII, “*a defesa do consumidor*”.

1. “Esse direito é reconhecido no texto constitucional como fundamental porque o consumidor busca no mercado, na qualidade de não profissional, de destinatário de tudo o que o mercado produz, a satisfação

A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na CF vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. É o que chamamos de “*força normativa da Constituição*”, na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam força de norma (norma jurídica), passível de ser executada e exigível.

A Constituição, sob o novo enfoque que se dá ao direito privado, funciona como centro irradiador e marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis. Na belíssima expressão trazida do direito alemão por Cláudia Lima Marques, a Constituição seria a garantia e o limite de um direito privado construído sob seus valores (principalmente os direitos fundamentais), transformando-o em um “*direito privado solidário*”.²

Atualmente, os direitos fundamentais penetram nas relações privadas, sendo observados os princípios constitucionais nas tratativas *inter partes*. É o que chamamos de teoria da “*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*”³ em contraposição à “*eficácia vertical dos direitos fundamentais*”, em que se observa o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado.

Exemplificando, o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana é incompatível com disposições contratuais desiguais, em que não se observe a boa-fé objetiva, a transparência e o equilíbrio nas relações contratuais.

Doutrina Simone Hegele⁴ que “no âmbito das relações de consumo podem ocorrer violações à dignidade da pessoa humana, principalmente quando tais violações ferem os direitos da personalidade do consumidor, como a honra, o nome, a intimidade, a integridade físico-psíquica e a imagem dos consumidores”.

Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, confira-se a recente decisão do STF:

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados (STF, RE 201819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005).⁵

de suas necessidades essenciais de alimentação, saúde, educação, segurança, lazer etc.” KOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 33.

2. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.
3. Também chamados por outros autores de “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”.
4. BOLSON, Simone Hegele. “O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor”. *Revista Direito do Consumidor*. RT. 46/289.
5. Para um estudo mais completo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, sugiro a leitura do inteiro teor deste acórdão, em que são abordadas, com maestria, pelos Min. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, as doutrinas referentes ao assunto, bem como outros julgamentos do STF em que foi adotada a referida teoria.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto-vista, ressaltou que “o fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós. O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada ‘constitucionalização do direito privado’, mais especificamente do Direito Civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo Direito Civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional. De fato, uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurá-la reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado. Na Europa e até mesmo nos Estados Unidos, onde são feitos grandes esforços hermenêuticos visando à superação da doutrina da *state action*, as relações privadas não mais se acham inteiramente fora do alcance das limitações impostas pelos direitos fundamentais.”

Interessante verificar que o entendimento defendido pelo STF no julgado acima pode ser aplicado ao Código de Defesa do Consumidor, uma vez que constitui *norma principiológica* (normas que veiculam valores, estabelecem os fins a serem alcançados, ao contrário das regras que estipulam hipóteses do tipo preceito/sanção), contemplando *cláusulas gerais* (técnica legislativa na qual são utilizados conceitos jurídicos a serem preenchidas pelos magistrados quando da análise de um caso concreto, *v.g.*, boa-fé objetiva, função social do contrato etc.).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes (relator do acórdão), “um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de ‘porta de entrada’ (*Einbruchsstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado”.

O STJ, em interessante caso, aplicou o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas para evitar que o consumidor viesse a ser preso em razão do descumprimento do contrato de alienação fiduciária. Restou demonstrado no processo que, ao ficar inadimplente, o consumidor teve a dívida elevada em mais de quatro vezes no período inferior a dois anos. Com isso, o STJ, em consonância com a nova interpretação do direito privado, entendeu que, caso o consumidor fosse compelido ao pagamento da dívida abusiva, passaria o resto da vida preso ao débito, o que feriria, sobretudo, a liberdade e, consequentemente, a dignidade da pessoa humana:

Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes (STJ, HC nº 12547, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/02/2001).

Em outro caso recente, o STJ proferiu decisão no sentido de que o prazo de carência do plano médico hospitalar ficará suspenso, caso a pessoa tenha que fazer uma cirurgia de emergência devido ao surgimento de doença grave. No caso em comento, a associada contratou plano de saúde, cujo prazo de carência para a realização de cirurgias era de três anos. Faltando, porém, apenas alguns meses para a expiração do prazo, a contratante descobriu que era portadora de tumor medular e foi obrigada a arcar com todas as despesas médico-hospitalares. De acordo com STJ, a cláusula de carência do plano de saúde não pode ser aplicada de forma abusiva, e nem se contrapor ao fim maior de um contrato de assistência médica, que é o de amparar a vida e a saúde.⁶

Ainda sobre os direitos fundamentais, importante ressaltar que a doutrina identifica três gerações (ou para alguns “dimensões”) em sua evolução, chegando, inclusive, ao reconhecimento de uma quarta geração (ou dimensão). São eles:

- a) *Direitos Fundamentais de 1ª Geração*: a primeira geração de direitos fundamentais dominou o século XIX e diz respeito às liberdades públicas e aos direitos civis e políticos, correspondendo aos *direitos de liberdade*. Tais direitos têm como titular o indivíduo e se apresentam como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Postulou-se, nesta época, a não intervenção do Estado.
- b) *Direitos Fundamentais de 2ª Geração*: a partir do século XIX, após a Revolução Industrial europeia, marcada pelas péssimas condições de trabalho, houve a necessidade de se privilegiar os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos *direitos de igualdade*. Para que a igualdade se concretizasse, ao contrário do defendido na 1ª Geração, era necessária maior participação do Estado, face ao reconhecimento de sua função social, através de prestações positivas, que visassem o bem-estar do indivíduo.
- c) *Direitos Fundamentais de 3ª Geração*: no final do século XX, período marcado por profundas mudanças na comunidade internacional e na sociedade (contratação em massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), com a finalidade de tutelar o próprio gênero humano, surgiram os direitos considerados transindividuais, direitos de pessoas consideradas coletivamente. São os *direitos de fraternidade, de solidariedade*, como o direito ao meio ambiente equilibrado, à proteção dos consumidores etc.

Conforme aponta Paulo Bonavides, a Revolução Francesa profetizou a sequência histórica e gradativa da institucionalização dos direitos fundamentais: *liberdade* (1ª geração); *igualdade* (2ª geração) e *fraternidade* (3ª geração).⁷

Alguns autores apontam, ainda, uma *quarta geração de direitos*. Para Paulo Bonavides, tal geração seria resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente, citando como exemplos o direito à democracia, à informação e ao

6. “Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida.” (STJ, REsp. 466.667, Min. Rel. Aldir Passarinho Júnior, DJ, 17/12/2007).

7. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

pluralismo. Já Norberto Bobbio trata a quarta geração sob o enfoque da problemática da manipulação genética do ser humano.⁸⁻⁹

Por fim, ainda há os que sustentam uma quinta geração de direitos. Para estes, os *direitos de quinta geração* são os direitos advindos com a chamada realidade virtual, compreendendo o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade.

A Constituição Federal, também de forma inovadora, introduziu a figura do consumidor como agente econômico e social, estabelecendo de forma expressa como princípio da ordem econômica a “*defesa do consumidor*” (art. 170, V), possibilitando a intervenção do Estado nas relações privadas, de modo a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

“A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade proteger o consumidor.” (STJ, MS 4138/DF, DJ 21/10/1996, Rel. Min. José Delgado).

A defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e o crescimento econômico. Ambos estão previstos como princípios da ordem econômica constitucional, de acordo com o disposto no art. 170 da CF. Com isso, o Código de Defesa do Consumidor procura compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa. O que a CF institui é que a ordem econômica deve ser constituída levando em consideração a defesa do consumidor.

Nesse sentido, o empresário somente tem assegurado o livre exercício da atividade econômica (parágrafo único do art. 170 da CF) se respeitar e assegurar os direitos do consumidor. Como exemplo, o empresário poderá elaborar contrato de adesão, estipulando as cláusulas contratuais para o fim de sua atividade, desde que não sejam abusivas.

Dessa forma, procurando dar efetividade a esse novo contexto, a própria Constituição, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabeleceu um prazo para que se promulgasse uma lei protetiva dos consumidores.¹⁰

Assim é que, em atendimento ao mandamento constitucional, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor com o intuito de intervir nas relações de consumo para a proteção

8. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.
9. No mesmo sentido, a jurisprudência do STF: “Nesse contexto, e tal como enfatizado por esta Suprema Corte (RTJ 164/158-161), impende destacar, na linha desse processo evolutivo, os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, e que realçam o princípio da liberdade. Os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, pondo em relevo, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade. Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os *direitos de terceira geração* (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados *direitos de quarta geração* (como direito ao desenvolvimento e o direito à paz) um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos [...]” (STF, voto do Min. Rel. Celso de Mello na ADI-MC 3540/DF, j. 01/09/2005).
10. Assim dispõe o art. 48 da ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” Vale lembrar que a nossa Constituição Federal foi promulgada em 5 de outubro de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor somente foi promulgado em 11 de setembro de 1990, prazo muito superior ao estabelecido pela Carta Magna.

do sujeito vulnerável, desigual na relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações.¹¹

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há de ser justa (STJ, REsp. 90366/MG, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 02/06/1997).

Trata-se de um verdadeiro *microsistema jurídico*, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.

O fenômeno do *microsistema* ocorre quando temas de leis especiais e extravagantes não tratadas no direito codificado, que possuem caráter mais amplo e geral (por exemplo o Código Civil) – regulam situações que são marcadas pela especificidade da relação (por exemplo, consumidor e fornecedor).¹²

Nesse sentido, o CDC constitui um microsistema jurídico multidisciplinar na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo a visão de conjunto das relações de consumo. Por força do caráter interdisciplinar, o Código de Defesa do Consumidor outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60 e 105/106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104).¹³⁻¹⁴

11. O Código de Defesa do Consumidor, embora seja um “código”, até mesmo por mandamento constitucional – art. 48 da ADCT, foi aprovada na forma de lei ordinária (Lei 8.078/1990) por questões de estratégia legislativa. Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin esclarecem que “a dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da Construção Civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo a derrota no plenário das duas Casas, buscou, por meio de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.” BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 9.

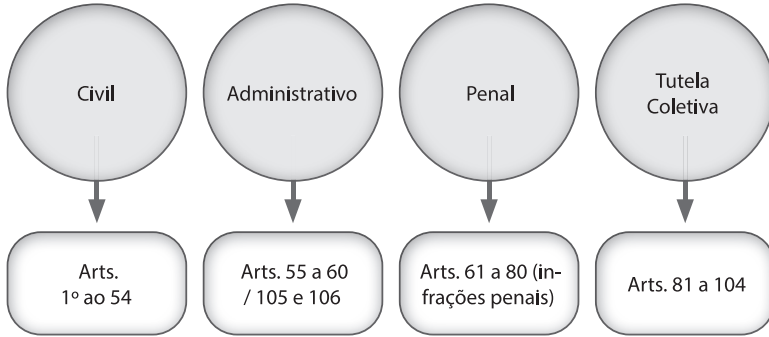
E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na lei nº: 8.078, de 11.09.1990. Mas, repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (vide artigos 1º, 7º, 28, 37, 44, 51, etc.).

12. Para Ricardo Luis Lorenzetti o “sistema jurídico atual não se funda em uma só lei codificadora; ao contrário, há muitas leis para distintos setores da atividade e dos cidadãos. (...) A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microsistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giraram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles” (A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil. In: Cesar Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 221-222).

13. ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.

14. Nas palavras de Bruno Miragem, “faz-se, portanto um corte transversal em diversas disciplinas jurídicas, incorporando em uma só lei aspectos próprios de distintos ramos do direito vinculados logicamente pela ideia-força do CDC, de proteção do consumidor.” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 6ª ed. RT, p. 54).

Assim, temos como visão topográfica do CDC o seguinte quadro:



As normas contidas no CDC são de ordem pública e interesse social, sendo, portanto, cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes. Aliás, o art. 6º do Código Civil Francês (*Code de Napoleon*), de 1804, já previa tal ensinamento pelo qual “*não se pode derogar, por convenções particulares, as leis que interessam à ordem pública ou aos bons costumes.*”¹⁵

Nesse sentido, o STJ já se manifestou:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. DERROGAÇÃO DA LIBERDADE CONTRATUAL. O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei [...] (STJ, REsp. 292942/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07/05/2001).

A configuração do CDC como norma de “ordem pública” decorre direta e logicamente do próprio texto do art. 5º, XXXII da CF, uma vez que cabe ao *Estado* promover a defesa do consumidor, tendo, assim, o próprio cidadão-consumidor um direito fundamental a uma ação positiva do Estado (qual seja, promover a defesa dos direitos dos consumidores).

Nelson Nery Júnior possui entendimento interessante sobre a expressão “*ordem pública*” contida no art. 1º, aduzindo que nas relações de consumo o juiz poderá apreciar qualquer matéria de ofício, não se operando a preclusão, podendo ser revistas e decididas a qualquer tempo e grau de jurisdição.¹⁶⁻¹⁷

No tocante à atuação de ofício pelo juiz nas relações de consumo, a doutrina consumerista é pacífica em aceitar tal situação, principalmente porque o CDC é norma de “ordem pública”. A jurisprudência também vinha seguindo essa orientação; porém, o STJ, no REsp. 541.153/RS¹⁸, através da Segunda Seção, pacificou o entendimento no sentido

15. SHARP JÚNIOR, Ronald. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 5.

16. Quando se aduz “*em qualquer grau de jurisdição*” entenda-se somente a instância ordinária, já que na instância extraordinária (v.g. recurso especial e recurso extraordinário) ficará impossibilitada tal atuação de ofício ou até mesmo a alegação da parte interessada, em decorrência do requisito do questionamento.

17. “Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3. 1992, p. 44-77.

18. “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO. EXAME DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. – Descaracterização do contrato. Incidência do verbete nº 293 da Súmula/STJ. – Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo

de que é impossível a decretação de ofício da nulidade das cláusulas contratuais abusivas pelos tribunais estaduais. Ou seja, em grau recursal, o Tribunal de Justiça Estadual ficará impedido de afastar uma cláusula abusiva (mesmo as que o próprio STJ já reconheceu como abusivas), caso a parte (consumidor) não a argua.

A hipótese decidida pelo STJ referia-se à ação revisional de contrato bancário, na qual o TJ-RS, apreciando recurso de apelação interposto apenas pela instituição financeira, reformou a sentença de ofício para declarar a nulidade das cláusulas abusivas, que não haviam sido afastadas pelo juiz de primeiro grau. A instituição financeira argumentou em grau recursal que, assim procedendo, o tribunal gaúcho teria julgado o recurso reformando-o para piorar a situação do banco recorrente.

A Segunda Seção do STJ julgou a matéria, com fundamento no art. 515 do CPC/73 (art. 1013 do novo CPC/15), acolhendo a tese de não admitir que o tribunal estadual modifique o comando da sentença para favorecer o consumidor, sem que haja interposição de recurso.

Após o REsp. 541.153/RS, continuava entendendo que o juiz monocrático poderia conhecer de ofício das nulidades nos contratos bancários, uma vez que o posicionamento do STJ referia-se apenas à atuação dos tribunais. Todavia, no REsp. 1061530/RS, julgado através do incidente de processo repetitivo, o STJ pacificou a questão e editou a Orientação nº 5:

ORIENTAÇÃO 5 – DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários.

Assim, o STJ vedou também a atuação do juiz de primeiro grau, estancando a dúvida. Em relação a tal posicionamento, foram vencidos a Mina. Nancy Andrighi (relatora deste processo) e o Min. Luis Felipe Salomão. A Orientação nº 5 acabou se transformando na Súmula nº 381, com o seguinte teor: “*Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.*”

Entendemos que houve um retrocesso no posicionamento do STJ. Conforme exposto, as normas do CDC são de ordem pública e o art. 51 é expresso ao declarar que são “*nulas de pleno direito*” as cláusulas abusivas nas relações de consumo. O consumidor é vulnerável na relação com o fornecedor e por isso é necessário permitir que o magistrado intervenha na relação, de ofício, para manter o equilíbrio contratual.

Sobre esse novo posicionamento adotado pelo STJ, vale destacar as severas críticas feitas pela Ministra Nancy Andrighi,¹⁹ sustentando que “vedar o conhecimento de ofício, pelas instâncias originárias (juízes e tribunais) de nulidades que são reputadas pelo CDC como absolutas, notadamente quando se trata de matéria pacificada na jurisprudência pelo STJ,

Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio tantum devolutum quantum appellatum. Precedentes. – Não estando as instituições financeiras sujeitas à limitação da Lei de Usura, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período (STJ, Resps. nos 271.214/RS, 407.097/RS e 420.111/RS). – Capitalização mensal. Inadmissibilidade na hipótese. – Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (STJ, Resp. 541153/RS, Min. Rel. César Asfor Rocha, Segunda Seção, DJ 14/09/2005).

19. Palestra proferida no III Ciclo de Palestras sobre Jurisprudência do STJ no Âmbito do Direito Público e Privado, realizado no Auditório Antônio Carlos Amorim – Palácio da Justiça – Rio de Janeiro, 02/12/2005.

órgão uniformizador da jurisprudência, é privilegiar demasiadamente os aspectos formais do processo em detrimento do direito material.” E continua, aduzindo que há “incoerências do entendimento pacificado de o TJ não poder conhecer de ofício as nulidades quando não provocado especificamente pela parte, por causa de outra interpretação dada pelo STJ ao CDC, quanto à questão relativa à incompetência relativa suscitada em razão das cláusulas de eleição de foro inseridas nos contratos de adesão. Como regra geral, a cláusula de eleição de foro cuida de incompetência relativa e o juiz só pode pronunciá-la se provocado pela parte interessada, tudo nos moldes dos arts. 112 e 113 do CPC e sedimentada na Súmula nº 33 do STJ (*A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício*). Todavia, a jurisprudência do STJ uniformizou-se no sentido de que, cuidando de contrato que regula relação de consumo, deve-se mitigar a regra do CPC e reconhecer de ofício a incompetência, especialmente quando a cláusula vem formulada em sede de contrato de adesão. Esse entendimento está fundamentado justamente no fato de que as cláusulas abusivas são reputadas nulas de pleno direito pelo CDC. Por isso cabe a indagação: se o STJ, em reiterados precedentes, considerou possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade da cláusula de eleição de foro com base na sua abusividade, porque assumir postura diversa com relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam estar inseridas no contrato? Não há razão para adotar posicionamentos diametralmente opostos diante de questões de tal forma similares.”

Como já ressaltado, as normas do CDC também são de interesse social, o que significa dizer que as normas de proteção aos consumidores possuem importância relevante para a sociedade como um todo, não interessando somente às partes, consumidores e fornecedores. Nos dizeres de Cláudia Lima Marques, as leis consumeristas são “*leis de função social*”, pois não só procuram assegurar uma série de novos direitos aos consumidores, mas também possuem a função de transformar a sociedade de modo a se comportar de maneira equilibrada e harmônica nas relações jurídicas.

À primeira vista, a relação particular entre consumidor e fornecedor em nada interessa à sociedade. Ocorre que, quando o fornecedor comete abusos frente ao consumidor, como, por exemplo, quando deixa de consertar o produto vendido com defeito, e não sofre qualquer sanção pela prática abusiva, amanhã, outros consumidores estarão sofrendo os mesmos abusos. Não bastasse, outros fornecedores provavelmente praticarão as mesmas condutas abusivas, uma vez que, consertar produtos defeituosos (como no exemplo citado) ou, em um sentido amplo, respeitar os direitos dos consumidores, gera custos. O pensamento seria: se a empresa “A” faz e não acontece nada, também vou fazer porque é mais lucrativo. Assim, o respeito aos direitos dos consumidores, embora individualizados, interessam a toda a coletividade.

Com outra visão e de forma prática e objetiva, Nelson Nery considera que ser de interesse social significa a possibilidade de o Ministério Público poder atuar em todas as lides coletivas de consumo, inclusive as que tratam sobre os direitos individuais homogêneos.

Como princípio fundamental que passou a ser, a garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor é considerada cláusula pétrea, impossível de ser suprimida ou restringida pelo legislador. José Ernesto Furtado de Oliveira²⁰ doutrina que “o Código de Defesa do Consumidor, por ser legislação complementar à Constituição, criou direitos que

20. “*Reformatio in pejus* do Código de Defesa do Consumidor: impossibilidade em face das garantias constitucionais de proteção”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, Ano 2002, p. 147.

já definitivamente pertencem ao patrimônio de todo consumidor, de modo que nenhuma lei que venha a alterar *in pejus* tal situação jurídica ou restringir esses direitos consagrados será recepcionada pelo ordenamento jurídico, e muito menos com ele viverá”.

Nesse sentido, não podemos admitir nenhum retrocesso na defesa e proteção ao consumidor. Qualquer nova norma que venha a suprimir direitos ou garantias do consumidor deve ser declarada inconstitucional, justamente por violação ao art. 5º, XXXII da CF. Temos aqui a aplicação do princípio do não retrocesso na defesa do consumidor.

Assim, da leitura do art. 5º, XXXII da CF (*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*); extrai-se quatro conclusões imediatas: 1) o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor pela CF, isso porque quando a CF previu que o Estado deverá promover a “defesa do consumidor”, é porque reconheceu que este indivíduo se apresenta vulnerável frente ao outro parceiro contratual (no caso o fornecedor, *expert* da relação). De outro modo, se fossem parceiros (consumidor e fornecedor) que agissem na relação em “pé de igualdade”, não faria sentido a CF prever a defesa de um deles. O princípio da isonomia somente deve ser aplicado na medida em que trata desigualmente os desiguais. E é justamente isso o que acontece com a defesa do consumidor na CF; 2) o reconhecimento do princípio do não retrocesso no direito do consumidor, não se admitindo que nenhuma conquista (seja normativa ou jurisprudencial) sofra retrocessos; 3) a determinação constitucional para a defesa do sujeito de direitos “consumidor” e não para a proteção do consumo em si ou do mercado de consumo (não é ato que o nome dado ao código é Código de Defesa do Consumidor e não Código das Relações de Consumo); 4) a forma do Estado promover a defesa do consumidor será através da lei; no caso o Código de Defesa do Consumidor. Assim, para a efetivação deste direito de defesa do consumidor/dever de proteção do Estado, será considerada toda a normativa e, principalmente, a principiologia do CDC.

Com relação à aplicação do CDC, o STF e o STJ entendem que os seus dispositivos não incidem nos contratos celebrados antes de sua vigência:

Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de *retroatividade mínima* que também é alcançada pelo disposto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna (STF, RE 205.999-4-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 03/03/2000.).²¹⁻²²

21. A decisão do Supremo Tribunal Federal adotou a doutrina de Matos Peixoto, que diferencia três tipos de retroatividade de leis: a retroatividade máxima, média e mínima. A *retroatividade máxima* ocorre quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados. A *retroatividade média*, por sua vez, ocorre quando a lei nova atinge os fatos pendentes de ato jurídico verificado antes dela, como uma lei que diminuíse a taxa de juros com aplicabilidade às prestações vencidas e ainda não pagas. E, finalmente, a *retroatividade mínima* consiste na regulação dos efeitos dos fatos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor.
22. Ultimamente, o STF tem mitigado esta aplicação. Por exemplo, na Adin nº 3.105, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que os conceitos de direito adquirido e de ato jurídico perfeito não são absolutos, submetendo-se à técnica da ponderação, no caso de colisão com outros direitos.

Conquanto o CDC seja norma de ordem pública, não pode retroagir para alcançar o contrato que foi celebrado e produziu seus efeitos na vigência da lei anterior, sob pena de afronta ao ato jurídico perfeito (STJ, REsp. 248155/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 23/05/2000).

Entretanto, nos contratos de execução diferida e prazo indeterminado, celebrados anteriormente à vigência do CDC, vem sendo admitida a incidência da norma consumerista pelo STJ, uma vez que o mesmo é renovado a cada pagamento efetuado. Ou seja, nos contratos de prazo indeterminado (v.g., previdência privada, plano de saúde), o consumidor poderá discutir a validade das cláusulas ou requerer sua revisão durante o período de vigência do CDC; mesmo para os contratos celebrados anteriormente ao CDC.

O contrato de previdência privada, de fato, é de trato sucessivo, de execução continuada, sendo que, com relação à primeira ré [...] o contrato prosseguiu sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, renovando-se o contrato a cada pagamento efetuado, não havendo razão para descartar a aplicação do referido Código se o contrato de execução continuada prosseguiu já durante a sua vigência, considerando que se trata de contrato de prazo indeterminado, como é da natureza mesma dos contratos de previdência privada. Parece-me, portanto, que não é possível descartar no que concerne à primeira ré a incidência do Código de Defesa do Consumidor (STJ, REsp. 331.860/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/08/2002).

Nesse mesmo sentido do STJ, leciona Gustavo Tepedino²³ que “tratando-se de contratos de execução diferida ou de trato sucessivo, não há que se cogitar da existência de direitos adquiridos a efeitos futuros, sendo legítima a intervenção legislativa que venha a alcançá-los.”

Além da previsão da edição do Código de Defesa do Consumidor, a CF também estabeleceu as competências dos entes federados (União, Estados/DF e Municípios) para legislar normas relacionadas aos direitos dos consumidores. Assim é que a CF, no art. 22, I estabeleceu que compete *privativamente* à União legislar sobre “*direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*”, assim como o inciso XXIX incluiu nesta mesma competência legislar sobre “*propaganda comercial*”. Já o art. 24 da CF estabeleceu as competências *concorrentes* da União, Estados e DF para legislar sobre “*produção e consumo*” (inciso V) e *responsabilidade por dano ao consumidor* (inciso VIII). Vale lembrar que no caso das competências concorrentes, a União limita-se a estabelecer as normas gerais (art. 24, §1º) e que a competência da União sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, §2º). Uma vez inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (art. 24, §3º). Havendo lei federal posteriormente sobre normas gerais, suspenderá a eficácia da lei estadual, no que for contrário aquela (art. 24, §4º). Para os Municípios, a CF autoriza o poder de “*legislar sobre assuntos de interesse local*” (art. 30, I).

De todas as competências descritas, com exceção da propaganda comercial (competência privativa da União) e responsabilidade por dano ao consumidor (competência concorrente), as demais possuem, na prática, uma dificuldade de delimitação.²⁴ Por exemplo,

23. *Rev. Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, vol. 9, nº 14, jan./dez. 2005, p. 92.

24. Esta dificuldade tem sido recorrente no STF na apreciação de leis estaduais que tratam de modo direto ou indireto sobre direito do consumidor. O Min. Gilmar Mendes já externalizou esta dificuldade e preocupação: “Em relação, especificamente, à análise de legislações estaduais que se utilizam da competência concorrente para dispor sobre direito do consumidor, já expressei minhas angústias quanto à necessidade de definirmos padrões claros para a apreciação de sua constitucionalidade. Nesse sentido, na ADI 2.359, de relatoria do Min. Eros Grau, que declarou a constitucionalidade de legislação do Estado do Espírito

Título II

Das Infrações Penais

Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 62. (Vetado.)

Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo.

Art. 65. Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

§ 1º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte.

§ 2º A prática do disposto no inciso XIV do art. 39 desta Lei também caracteriza o crime previsto no caput deste artigo.

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade,

segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 70. Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:

Pena – Detenção de seis meses a um ano ou multa.

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 74. Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo:

Pena – Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas.

Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:

I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade;

II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo;

III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento;

IV – quando cometidos:

a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;

b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interdidas ou não;

V – serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais.

Art. 77. A pena pecuniária prevista nesta Seção será fixada em dias-multa, correspondente ao mínimo e ao máximo de dias de duração da pena privativa da liberdade cominada ao crime. Na individualização desta multa, o juiz observará o disposto no art. 60, § 1º, do Código Penal.

Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal:

I – a interdição temporária de direitos;

II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III – a prestação de serviços à comunidade.

Art. 79. O valor da fiança, nas infrações de que trata este código, será fixado pelo juiz, ou pela autoridade que presidir o inquérito, entre cem e duzentas mil vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Parágrafo único. Se assim recomendar a situação econômica do indiciado ou réu, a fiança poderá ser:

a) reduzida até a metade do seu valor mínimo;

b) aumentada pelo juiz até vinte vezes.

Art. 80. No processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

O Título II do Código de Defesa do Consumidor trata das infrações penais a que o fornecedor de produtos e serviços está sujeito quando praticar (crimes comissivos) ou deixar de praticar (crimes omissivos) certas condutas nas relações de consumo.

Trata-se de um verdadeiro Direito Penal do consumidor, capítulo do Direito Penal econômico, em que o legislador pretendeu assegurar a máxima efetividade das normas inseridas no Código, aumentando e preservando os direitos dos consumidores.¹

São crimes próprios em que os sujeitos ativo e passivo devem ser especificados (fornecedores e consumidores), além de tratar de uma relação de consumo em que envolva o fornecimento ou a prestação de produto ou serviço. Com outras palavras, são tipos penais em que há um sujeito ativo como fornecedor, um sujeito passivo como consumidor (ou equiparado) e um objeto material da relação como produto ou serviço.

O Direito Penal do consumidor busca não somente reprimir condutas indesejáveis e causadoras de danos, mas, sobretudo, prevenir a ocorrência de tais condutas de forma a evitar o dano, amparando com mais eficiência os consumidores (princípio da precaução).

As condutas tipificadas no sistema consumerista constituem “*crimes de perigo*”, uma vez que não constitui elemento constitutivo do delito a ocorrência do efetivo dano ao consumidor. Basta a simples manifestação da conduta para caracterizar a ilicitude.

No tocante à exposição ou depósito de produtos com prazo de validade vencido, crime do inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/80 (*constitui crime contra as relações de consumo vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo*), o STJ vinha entendendo que se tratava de crime formal, que dispensava a realização de perícia para atestar sua efetiva impropriedade. Nesse sentido:

“A exposição ou depósito de produtos destinados à venda com prazo de validade vencido é fato que se encontra tipificado na legislação penal (Lei nº 8.137/1980, art. 7º, inciso IX – condições impróprias ao consumo) como crime formal, que dispensa a realização de perícia para atestar sua efetiva impropriedade, tendo em vista que a mera transgressão da norma legal caracteriza o delito, que é de perigo presumido.” (STJ, HC nº 38.200-PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 01/02/2005).²

1. Antônio Herman Benjamin. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 789.
2. Nesse sentido, informativo 455 do STJ: “CRIME. RELAÇÕES. CONSUMO. LAUDO PERICIAL. Trata-se de produtor de vinho denunciado nas sanções do art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990 c/c o art. 18, § 6º, II, do CDC, porque adicionava corretivo ao vinho em quantidade acima da permitida, além de também o estocar em desacordo com as normas vigentes e sem registro no Ministério da Saúde. Note-se que o corretivo é o ácido sórbico usado como inibidor da levedura em vinho que deve ser utilizado na proporção de 20 mg/100ml, segundo a Res. nº 4/1988 do Conselho Nacional de Saúde (CNS). Por isso, ele foi condenado à pena de três anos e quatro meses de detenção, sendo que a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos. Entretanto, em apelação, foi absolvido nos termos do art. 386, VI, do CPP – entendendo o TJ ser

Entretanto, o STJ (Quinta e Sexta Turmas) alterou o seu entendimento no sentido de que a realização da perícia, apto a demonstrar que os produtos estão impróprios para o consumo, é indispensável para a comprovação do delito. Nesse sentido:

“CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO. PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. PERÍCIA TÉCNICA PARA AFERIR O ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. NECESSIDADE. ART. 158 DO CPP. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. “Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito contra as relações de consumo não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal” (RHC 49.221/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/4/2015). 3. “Inexistente prova pericial, produzida diretamente sobre os produtos alimentícios apreendidos, falta justa causa para a persecução penal, sendo insuficiente concluir pela impropriedade para o consumo exclusivamente em virtude da ausência de informações obrigatórias na rotulagem do produto e/ou em decorrência do prazo de sua validade estar vencido” (RHC 69.692/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 13/6/2017). 4. No caso em exame, verifica-se, conforme descrito na denúncia, que os ora pacientes “tinham em depósito para venda aditivos e matérias-primas para fabricação de linguças com prazo de validade vencido”. 5. *Na hipótese de delito em que deixa vestígios, revela-se indispensável a realização de exame pericial para atestar a impropriedade da mercadoria para o consumo*, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Precedentes.” (STJ, HC 412.180/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2017)

Além da responsabilidade penal, o fornecedor de produtos e serviços pode, de forma cumulativa, responder civil e administrativamente por seus atos.

Tendo em vista que o CDC não criou uma “parte geral” com relação às infrações penais, aplicam-se as normas da parte geral do Código Penal, em decorrência do art. 12 do próprio Código Penal, que prescreve que “*as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*”. Assim, tendo em vista que o CDC é norma especial e que as normas gerais do Código Penal são com ele compatíveis, sua aplicação há de ser observada.

As infrações tipificadas no CDC também se harmonizam com outras previstas no Código Penal³ e em leis especiais,⁴ à semelhança do previsto no art. 7º do próprio CDC.

- necessária a realização de perícia para comprovar a materialidade do delito em comento. Então, sobreveio o REsp interposto pelo MP. Para o Min. Relator, de acordo com a análise da sentença condenatória, trata-se da prática do crime de exposição ou depósito para a venda de produtos em condições impróprias para o consumo (art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990), que, segundo precedentes, é crime formal e de perigo abstrato para cuja caracterização basta colocar em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria, sendo desnecessária sua constatação por laudo pericial. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença.” REsp 1.163.095-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 9/11/2010.
3. Existem tipos penais no Código Penal que tratam da proteção do consumidor. São elas: art. 175 (fraude no comércio); art. 177 (fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações); art. 272 (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios); art. 273 (falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinada a fins terapêuticos ou medicinais); art. 274 (emprego de processo proibido ou de substância não permitida); art. 275 (invólucro ou recipiente com falsa indicação); art. 277 (substância destinada à falsificação); art. 278 (substâncias nocivas à saúde pública); art. 280 (medicamento em desacordo com a receita médica).
 4. A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (Lei da Economia Popular) e

Dessa forma, é perfeitamente possível a aplicação, a título de exemplo, do crime de “*Emprego de processo proibido ou de substância não permitida*” estipulado no art. 274 do Código Penal às relações de consumo.⁵ O CDC criou um microsistema que só admite a intromissão de normas exteriores que com ele sejam compatíveis.

As condutas comissivas ou omissivas, repudiadas por este Código, assim como as respectivas penas, estão previstas nos arts. 63 ao 74.

O art. 76 traz em seu bojo circunstâncias agravantes dos crimes tipificados no CDC, como a prática de crime durante grave crise econômica, a prática de crime por servidor público, além de crimes que envolvam alimentos, medicamentos, produtos e serviços essenciais, dentre outros.

As entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta e as associações que se destinam à defesa dos interesses instituídos no Código de Defesa do Consumidor poderão intervir como assistentes do Ministério Público, assim como propor ação penal subsidiária, caso a denúncia não seja oferecida no prazo legal.

PRINCIPAIS JURISPRUDÊNCIAS DO STF E STJ

Princípio da insignificância e crime contra as relações de consumo

“A Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia, por falta de justa causa, o trancamento de ação penal instaurada contra três empregados de empresa produtora de refrigerante, pela suposta prática do delito previsto no art. 7º, IX e parágrafo único, *c/c* o art. 11, *caput*, da Lei nº 8.137/1990, consistente no fato de inserir, no mercado, duas garrafas de refrigerante em condições impróprias ao consumo. Imputava-se, também, a um dos pacientes o cometimento do crime omissivo de deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade do produto cujo conhecimento fora posterior à colocação do lote no mercado (CDC, art. 64). Sustentava a impetração que a conduta atribuída aos pacientes teria ocorrido dentro do risco permitido e que, no caso, incidiria, ainda, o princípio da insignificância, já que apreendidas apenas duas unidades do produto dentro de um universo de milhares de garrafas produzidas por dia. Inicialmente, asseverou-se que os delitos mencionados tutelam, de modo imediato, a própria relação de consumo, que pode ser atingida pela colocação quer de um, quer de centenas de produtos impróprios no mercado. Assim, rejeitou-se a aplicação do princípio da insignificância por se considerar que a pequena amostra recolhida não tornaria atípica a conduta dos pacientes. Ressaltou-se, no ponto, que o aludido princípio, por consubstanciar causa suprallegal de exclusão da tipicidade em caráter material, deve ser examinado em relação ao bem jurídico protegido pela norma, e não segundo a escala de bens produzidos na indústria fabricante. Por fim, aduziu-se que a indagação sobre a conveniência ou não de proteção penal ao bem jurídico de que cuida a hipótese seria matéria de política criminal” (STF, HC nº 88077/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 31.10.2006, *Informativo* 447).

Prescrição da infração do art. 66 do CDC

“Crime de omissão de informação em produto – Art. 66 do Código de Defesa do Consumidor – Prescrição – Inocorrência. No tocante à possível ocorrência da prescrição quanto ao crime previsto no art. 66

Lei nº 12529/2011 (Lei do CADE – dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica).

5. Art. 274 do Código Penal: “Empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gasificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”

do CDC, o *writ* improcede. Como prevê o art. 109, inciso V, do CP, o prazo prescricional para o referido delito, é de quatro anos, ainda não transcorridos, já que o crime foi cometido em setembro de 1997 (c.f. Boletim de Ocorrência, às fls. 14)” (STJ, *HC* nº 11912/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, *DJ* 20/08/2001).

Propaganda enganosa ou abusiva. Consórcio

“*HC* – Constitucional – Processual penal – Consumidor – Denúncia – Consórcio – Publicidade enganosa – A exigência do art. 41, CPP, significa descrição do fato com todas as suas circunstâncias. A denúncia deve ser formal e materialmente homogênea. Formal, quando ajusta a descrição aos fatos; material, desde que exista um mínimo de indício, no sentido técnico da palavra, qual seja, fato do qual possa decorrer a demonstração ou a busca da evidência de outro fato. Consórcio é a reunião de pessoas que formam poupança a fim de adquirir, com pagamentos parcelados, determinado bem, cujo preço será uniforme para todos os consorciados, independentemente da data de recebimento do bem obtido por sorteio, ou lance. Publicidade enganosa ou abusiva é induzimento de terceiros a erro para realizar algum negócio jurídico. Como infração penal, é fim em si mesma. Assim, não resta configurada quando se destina a atrair pessoas para aderir a consórcio. Este é o contrato formal. A pessoa atraída, antes de firmar a avença, tem conhecimento das respectivas cláusulas. Em sendo estas legais, nenhum ilícito de caracteriza” (STJ, 6ª T., *HC* nº 2.553-9 MG, j. 29/08/1994, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Edifício construído antes da vigência do CDC. Riscos verificados na constância do CDC. Aplicabilidade do art. 64

“Processual Penal – Código de Defesa do Consumidor (art. 64) e Código Penal (Art. 132) – Prescrição – Inexistência. Embora concluída a construção do prédio anteriormente a edição do Código de Defesa do Consumidor, os crimes previstos nos arts. 64, deste instituto e do art. 132, do Código Penal, somente se consumaram com a omissão do síndico em comunicar aos condôminos, o risco de vida a que estariam expostos, por falhas estruturais detectadas em laudo pericial realizado pela Caixa Econômica Federal, quando já em vigor a lei protecionista em apreço. Tendo os delitos se verificado em tal data, é daí que começa a fluir o lapso prescricional, que não completado, não há como ser decretada a prescrição. – Recurso conhecido para, reformado o acórdão recorrido, determinar se prossiga com a ação penal” (STJ, REsp. 46187/DF, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, *DJ* 18/12/1995).

Crime de perigo abstrato. Risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria

“Criminal. REsp. Fabricação e manutenção em depósito de produtos fabricados para consumo em desacordo com as normas regulamentares e sem registro no Ministério da Saúde. Crime contra a relação de consumo. Desnecessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Delito de perigo abstrato. Recurso provido. O tipo do inciso IX do art. 7º, da Lei nº 8.137/1980 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria. Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, quanto à condenação pelo crime contra as relações de consumo” (STJ, REsp. 472038/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T, j. 16/12/2003, *DJ* 25/02/2004).

Dever do credor de cancelar o cadastro se quitada a dívida

“Dano moral. Cadastro negativo. Art. 73 do Código de Defesa do Consumidor. Não tem força a argumentação que pretende impor ao devedor que quita a sua dívida o dever de solicitar seja cancelado o cadastro negativo. O dispositivo do Código de Defesa do Consumidor configura como prática infrativa ‘Deixar de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata’. Quitada a dívida, sabe o credor que não mais é exata a anotação que providenciou, cabendo-lhe, imediatamente, cancelá-la” (STJ, REsp. 292045/RJ, *DJU* 08/10/2001, p. 213, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27/08/2001, 3ª T.).

Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa

“*Habeas Corpus*. Trancamento de ação penal. Crimes contra as relações de consumo. Ausência de justa causa. Não se oferecendo evidente, ao primeiro exame, a alegada atipicidade do fato, não há falar em trancamento de ação penal” (ST), HC nº 10486/SP, 18/12/2000, Rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Título III

Da Defesa do Consumidor em Juízo

NOTA INTRODUTÓRIA AO TÍTULO III DO CDC

Breve histórico legislativo das ações coletivas

As ações coletivas iniciaram sua história no sistema processual brasileiro com a promulgação da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), que se tornou o primeiro instrumento sistemático voltado à tutela de alguns interesses coletivos em juízo, em especial o patrimônio público.

Nesse momento, duas foram as grandes alterações ocorridas em âmbito processual: a legitimação ativa e a coisa julgada. Isso porque o art. 1º legitimou o cidadão a defender, em nome próprio, os direitos pertencentes de toda a população, através da chamada substituição processual. Já no art. 18, ampliou a qualidade da coisa julgada, dando-lhe efeito *erga omnes*, desde que a ação fosse julgada procedente. Se, porém, fosse julgada improcedente por deficiência de provas, qualquer cidadão teria a faculdade de propor novamente a ação, desde que fundada em nova prova.

Outra lei importante no tocante às ações coletivas foi a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/1981), prevendo a responsabilidade civil para os agentes poluidores do meio ambiente, e atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para postular ação em defesa da natureza.

Todavia, foi com o surgimento da Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/1985), que a tutela dos direitos coletivos passou a ser difundida e ter sua importância reconhecida. Assim, a LACP incorporou ao ordenamento jurídico institutos processuais coletivos como a extensão da legitimidade ativa a vários órgãos, pessoas, entidades ou associações (art. 5º); previu a possibilidade de instauração do inquérito civil pelo Ministério Público, destinado à colheita de elementos para a propositura responsável da ação civil pública, funcionando também como importante instrumento facilitador de conciliação extrajudicial, possibilitando a celebração do termo de ajustamento de conduta (TAC) (art. 5º, § 6º). Porém, a LACP restringiu a utilização da ACP, no art. 1º, à defesa do meio ambiente (inciso I), do consumidor (inciso II), dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso III).¹

1. Posteriormente foram inseridos os incisos IV – “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (acrescentado pela Lei nº 8.078/1990); V – “por infração da ordem econômica e da economia popular” (acrescentado pela MP nº 2180-35/01), e VI – “à ordem urbanística” (acrescentado pela MP nº 2180-35/01).

A ação civil pública só veio a ser ampliada com a Constituição de 1988, determinando, definitivamente, um direito processual coletivo. Com efeito, o art. 129, III, da CF previu a possibilidade da ACP para proteção “*de outros interesses difusos e coletivos*”. Não bastasse, previu uma série de ações constitucionais para a tutela dos direitos fundamentais coletivos, tais como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação popular.

Finalmente, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em 1990, trouxe regras específicas e inovadoras para a tramitação dos processos coletivos. Estabeleceu os conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, fato que não havia sido feito por nenhuma outra legislação até então, procurando dirimir as dúvidas com relação ao tema, inclusive em sede doutrinária.

Sobre tais inovações introduzidas pelo CDC, destacamos:

- a) a possibilidade de determinar a competência pelo domicílio do autor consumidor (art. 101, I);
- b) a vedação da denunciação à lide e um novo tipo de chamamento ao processo (arts. 88 e 101, II);
- c) a possibilidade de o consumidor valer-se, na defesa dos seus direitos, de qualquer ação cabível (art. 83);
- d) a tutela específica em preferência à tutela do equivalente em dinheiro (art. 84);
- e) a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões processuais (art. 103);
- f) regras de legitimação (art. 82) e de dispensa de honorários advocatícios (art. 87) específicos para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação aos sistemas anteriores;
- g) regulamentação da litispendência entre a ação coletiva e a ação individual (art. 104);
- h) alteração e ampliação da tutela da Lei nº 7.347/1985 (LACP), harmonizando-a com o sistema do CDC (arts. 109 até 117)

Os sistemas processuais do CDC e da LACP foram interligados, estabelecendo-se, assim, um *microsistema processual coletivo*, sendo aplicáveis, reciprocamente, a um e ao outro, conforme os arts. 90 do CDC e 21 da LACP (este último introduzido pelo art. 117 do CDC).²

Assim, considerado um microsistema processual coletivo, o Título III do CDC deve ser aplicado, no que for compatível, à ação popular, à ação de improbidade administrativa, a ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo. Antônio Gidi, sobre o novo enfoque dado às ações coletivas, disciplina que “a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo, como ordenamento processual geral.”³

2. Fredie Didier e Hermes Zaneti chegam, inclusive, a tratar o Título III do CDC como um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” e um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva.

3. GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

Interessante apontarmos o entendimento de Rodrigo Mazzei sobre o assunto. Para o ilustre professor, o microsistema processual coletivo não comportaria somente o Título III do CDC e a LACP. Assim, entende o doutrinador que “a concepção do microsistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do CDC e da LACP, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microsistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo.”⁴

A jurisprudência recente do STJ também aponta nessa direção:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.⁵

Interessante exemplo da intercambialidade entre os diplomas que tutelam direitos coletivos é citado por Fredie Didier ao apontar as três situações aptas a demonstrar a unidade de tratamento, aplicando conjuntamente a Lei de Ação Civil Pública (LACP), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei de Ação Popular (LAP):

- a) efeitos em que apelação é recebida nos processos coletivos (art. 14 da LACP);
- b) conceito de direitos coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – art. 82 do CDC);
- c) possibilidade de execução por desconto em folha de pagamento (art. 14, § 3º, da LAP).⁶

Já com relação à aplicação do CPC às ações coletivas, Rodrigo Mazzei doutrina que “o CPC terá aplicação somente se não houver solução legal nas regulações que estão disponíveis dentro do microsistema coletivo, que, frise-se, é formado por um conjunto de diplomas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa)”. Conclui seu entendimento expondo que “o CPC será residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão no diploma coletivo especial, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalta-se, de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo.”⁷

Interessante o posicionamento exposto acima, com o qual concordamos, pois o CPC foi criado e desenvolvido para a tutela dos direitos individuais, ao passo que a utilização de regras processuais aos direitos coletivos dependem de regras próprias, que possuem a mesma *ratio*, ou seja, regras processuais inseridas em diplomas que também disciplinam direitos coletivos.

4. MAZZEI, Rodrigo. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva.” In: Luiz Manoel Gomes Júnior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (Coords.) – *Ação Popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.

5. STJ, REsp. 510.150/MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/03/2004.

6. DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 53.

7. MAZZEI, Rodrigo. “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva.” In: Luiz Manoel Gomes Júnior; Ronaldo Fenelon Santos Filho (Coords.) – *Ação Popular – Aspectos relevantes e controvertidos*. São Paulo: RCS, 2006.