

Antonio Herman V. Benjamin
Claudia Lima Marques
Leonardo Roscoe Bessa



MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR

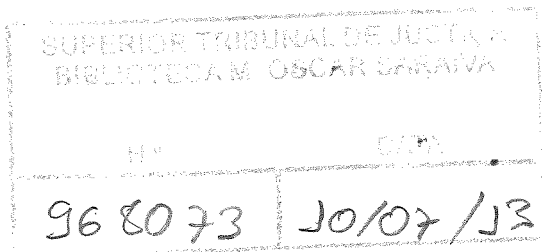
5.^a edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

339.379,8(81)

B 468 m

5. ed.



ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN
CLAUDIA LIMA MARQUES
LEONARDO ROSCOE BESSA

**Manual de
DIREITO DO CONSUMIDOR**

5.ª edição revista, atualizada e ampliada

1.ª edição, 1.ª tiragem: nov. 2007; 2.ª tiragem: mai. 2008;
2.ª edição, 1.ª tiragem: fev. 2009; 2.ª tiragem: set. 2009;
3.ª edição, 1.ª tiragem: set. 2010; 2.ª tiragem: abr. 2011;
4.ª edição, 1.ª tiragem: abr. 2012; 2.ª tiragem: out. 2012.

© desta edição
[2013]

EDITORIA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Diagramação eletrônica: Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.

Impressão e encadernação: HR Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 05.738.250/0001-47.

Visite nosso site www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Impresso no Brasil [03.2013]

Universitário [texto]

Fechamento desta edição [06.03.2013]



01525

ISBN 978-85-203-4679-2

IX. Práticas Abusivas

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN

SUMÁRIO: 1. Introdução: o conceito de prática abusiva – 2. Classificação – 3. A impossibilidade de exaustão legislativa – 4. As sanções – 5. O elenco exemplificativo das práticas abusivas – 6. Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (art. 39, I) – 7. Recusa de atendimento à demanda do consumidor (art. 39, II) – 8. Fornecimento não solicitado (art. 39, III) – 9. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor (art. 39, IV) – 10. A exigência de vantagem excessiva (art. 39, V) – 11. Serviços sem orçamento e autorização do consumidor (art. 39, VI) – 12. Divulgação de informações negativas sobre o consumidor (art. 39, VII) – 13. Produtos ou serviços em desacordo com as normas técnicas (art. 39, VIII) – 14. A normalização – 15. Recusa de venda direta (art. 39, IX) – 16. Elevação de preço sem justa causa (art. 39, X) – 17. Reajuste diverso do previsto em lei ou no contrato (art. 39, XI) – 18. A inexistência ou deficiência de prazo para cumprimento da obrigação (art. 39, XII) – 19. Tabelamento de preços – 20. A cobrança de dívidas de consumo – 21. Objeto do dispositivo (art. 42, *caput*) – 22. Os contatos do credor com terceiros – 23. As práticas proibidas – 24. As proibições absolutas – 25. A ameaça – 26. A coação e o constrangimento físico ou moral – 27. O emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas – 28. As proibições relativas – 29. A exposição do consumidor a ridículo – 30. A interferência no trabalho, descanso ou lazer – 31. Sanções civis, administrativas e penais – 32. Repetição do indébito – 33. O regime do Código Civil – 34. Pressupostos da sanção no regime do CDC – 35. O pressuposto da cobrança de dívida – 36. O pressuposto da extrajudicialidade da cobrança – 37. O pressuposto da qualidade de consumo da dívida cobrada – 38. A suficiência de culpa para aplicação da sanção – 39. Cobrança indevida por uso de cláusulas ou critérios abusivos – 40. Os juros e a correção monetária – 41. O valor da sanção – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Introdução: o conceito de prática abusiva

Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor.

São práticas as mais variadas e que, no direito norte-americano, vêm reputadas como *unfair*. Como *práticas* (= atividade), comportam-se como gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécie. Um conceito fluido e flexível. Por isso mesmo, o legislador e os próprios juízes têm tido mais facilidade em lidar com o conceito de enganosidade do que com o de abusividade.

São – no dizer irretocável de Gabriel A. STIGLITZ – “condições irregulares de negociação nas relações de consumo” (*Protección jurídica del consumidor*, p. 81), condições essas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.

Não se confundem com as práticas de concorrência desleal, apesar de que estas, embora funcionando no plano horizontal do mercado (de fornecedor a fornecedor), não deixam de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor. Mas prática abusiva no Código é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.

Como se vê, as práticas abusivas não estão regradas apenas pelo art. 39. Diversamente, espalham-se por todo o Código. Desse modo, são práticas abusivas a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10), a comercialização de produtos e serviços impróprios (arts. 18, § 6.º, e 20, § 2.º), o não emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a falta de componentes e peças de reposição (art. 32), a ausência de informação, na venda a distância, sobre o nome e endereço do fabricante (art. 32), a veiculação de publicidade clandestina (art. 36) e abusiva (art. 37, § 2.º), a cobrança irregular de dívidas de consumo (art. 42), o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação (art. 43), a utilização de cláusula contratual abusiva (art. 51).

Tampouco limitam-se ao Código de Defesa do Consumidor. Como decorrência da norma do art. 7.º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos empresariais que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código. Por conseguinte, entre outras, são práticas abusivas as atividades regradas nos arts. 5.º (incs. II e III), 6.º (incs. I, II e III) e 7.º (incs. I, II, III, IV, V, VII e IX), da Lei 8.137/1990 (lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

2. Classificação

As práticas abusivas podem ser classificadas com base em diversos critérios.

Pelo prisma do momento em que se manifestam no processo econômico, são *produtivas* ou *comerciais*. Assim, por exemplo, é prática produtiva abusiva a do art. 39, VIII (produção de produtos ou serviços em desrespeito às normas técnicas), sendo comerciais aquelas previstas nos outros incisos do mesmo dispositivo.

Tomando como referencial o aspecto jurídico-contratual, não mais o econômico, as práticas abusivas podem ser *contratuais* (aparecem no interior do próprio contrato), *pré-contratuais* (atuam na fase do ajustamento contratual) e *pós-contratuais* (manifestam-se sempre após a contratação). São práticas abusivas pré-contratuais aquelas estampadas nos incs. I, II e III do art. 39, assim como a do art. 40. De outra

forma, são pós-contratuais as práticas abusivas do art. 39, VII (repasso de informação depreciativa sobre o consumidor), e também todas aquelas relativas à falta de peças de reposição (art. 32) e à cobrança de dívidas de consumo (art. 42). Finalmente, são práticas abusivas contratuais a do art. 39, XII (não fixação do prazo para cumprimento da obrigação), e todas as outras previstas no art. 51 (cláusulas contratuais abusivas).

Em adição à lista exemplificativa do art. 39, em particular ao seu inc. III (entrega de produto ou serviço não solicitado), também são reputados abusivos todos os métodos comerciais coercitivos (art. 6.º, IV), assim como todas as tentativas de acionar o consumidor em jurisdições longínquas.

As vendas fora do estabelecimento comercial são normalmente utilizadas como forma de comercialização coercitiva – abusiva, portanto – de produtos e serviços. Daí a importância do prazo de arrependimento (*cooling-off period*) fixado no art. 49.

3. A impossibilidade de exaustão legislativa

Não poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extremada velocidade e as mutações ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que se buscou deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao intérprete.

A dificuldade, como parece evidente, não é somente do legislador brasileiro. Já em 1914, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, em relatório sobre o *Federal Trade Commission Act*, assim se manifestou: “É impossível a composição de definições que incluam todas as práticas abusivas. Não há limite para a criatividade humana nesse campo. Mesmo que todas as práticas abusivas conhecidas fossem especificamente definidas e proibidas, seria imediatamente necessário recomençar tudo novamente. Se o Congresso tivesse que adotar a técnica da definição, estaria trazendo a si uma tarefa interminável”.

Três janelas – uma implícita e duas explícitas – foram, então, introduzidas para dar flexibilidade ao preceito. A primeira indicação de que *toda e qualquer* prática abusiva deve ser coibida vem no art. 6.º, IV. A segunda, também indicativa do caráter enumerativo do art. 39, estava prevista no seu inc. X, vetado. A terceira, implícita, mostrando igualmente que o dispositivo é flexível, está no próprio corpo do preceito, e decorre da utilização de conceitos extremamente fluidos, como os estampados nos incs. IV e V.

4. As sanções

A violação dos preceitos referentes às práticas abusivas não mais se sujeita à sanção civil prevista no art. 45, que foi vetado.

Além de sanções administrativas (v.g., cassação de licença, interdição e suspensão de atividade, intervenção administrativa) e penais (Capítulos XII e XIII), as práticas abusivas detonam o dever de reparar. Sempre cabe indenização pelos danos causados, inclusive os morais, tudo na forma do art. 6.º, VII.

O juiz pode, também, com fulcro no art. 84, determinar a abstenção ou prática de conduta, sob a força de preceito cominatório.

Finalmente, as práticas abusivas, quando reiteradas, impõem a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28). A utilização de prática abusiva caracteriza ora abuso de direito, ora excesso de poder, ora mera infração da lei. Em todos esses casos, o mercado precisa ser saneado, em favor do consumidor, bem como em benefício da concorrência.

Sobre abuso de direito, v. o excelente trabalho de Heloísa CARPENA, *Abuso do direito nos contratos de consumo*. A desconsideração da personalidade jurídica está abordada no Capítulo II.

5. O elenco exemplificativo das práticas abusivas

O presidente da República, cedendo nesse ponto ao poderoso *lobby* empresarial contrário ao CDC, vetou o então inc. X do texto legal, que dispunha: “praticar outras condutas abusivas”.

Em tese, o prejuízo seria nenhum, diante de duas *janelas ampliativas* (= cláusulas gerais) que permaneceram no Código (arts. 6.º, IV, e 39, IV e V), garantindo, assim, que o rol de práticas abusivas estivesse legalmente posto de maneira exemplificativa. Entretanto, segmento da doutrina passou a defender que o veto conferia ao art. 39 um caráter de *numerus clausus*, argumento este que, visivelmente, ao excluir um vastíssimo campo de práticas maléficas ao mercado de consumo, favorecia os fornecedores despreocupados com a proteção do consumidor.

Por isso mesmo, por ocasião da revisão que fiz, a pedido do então secretário nacional de direito econômico, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, do texto primitivo da medida provisória que deu origem à Lei 8.884, de 11.06.1994 – Lei Antitruste, acrescentei, entre outros dispositivos, o atual art. 87, que dispõe: “O art. 39 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, *dentre outras* práticas abusivas: IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços” (grifo nosso).

Se dúvida existia sobre a qualidade enunciativa do art. 39, com o ajuste legislativo aqui efetuado termina, de vez, a querela.

O administrador e o juiz têm, aqui, necessária e generosa ferramenta para combater práticas abusivas não expressamente listadas no art. 39, mas que, não obstante tal, violem os padrões ético-constitucionais de convivência no mercado de consumo, ou, ainda, contrariem o próprio sistema difuso de normas, legais e regulamentares, de proteção do consumidor.

Tomando por guia os valores resguardados pela Constituição Federal – mas é bom também não esquecer as Constituições estaduais –, são abusivas as práticas que atentem, já aludimos, contra a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da

CF), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 39, IV, do CDC), os direitos humanos (art. 3.º, II, da CF), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5.º, X, da CF).

A seguir, são analisadas as hipóteses previstas no art. 39 do CDC.

6. Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (art. 39, I)

O Código proíbe, expressamente, duas espécies de condicionamento do fornecimento de produtos e serviços.

Na primeira delas, o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço. É a chamada *venda casada*. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em “fornecimento”, expressão muito mais ampla.

O STJ, em julgado relatado pelo Min. Luiz Fux, considera venda casada, por via oblíqua, proibir o consumidor de ingressar em salas de cinema com produtos alimentícios adquiridos em outros estabelecimentos: “A denominada ‘venda casada’ tem como *ratio essendi* da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatória e preços competitivos. 4. Ao fornecedor de produtos ou serviços, consecutivamente, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I, do CDC). 5. A prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos na suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada ‘venda casada’, interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes. 6. O juiz, na aplicação da lei, deve aferir as finalidades da norma, por isso que, *in casu*, revela-se manifesta a prática abusiva” (REsp 744.602-RJ, j. 01.03.2007, rel. Min. Luiz Fux, DJ 15.03.2007). A Corte também considerou ser venda casada a imposição de contratar seguro habitacional diretamente com agente financeiro ou com seguradora por este indicada: “A despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Ademais, tal procedimento caracteriza a denominada ‘venda casada’, expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha” (REsp 804.202-MG, j. 19.08.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 03.09.2008). No mesmo sentido, afastando a obrigatoriedade de o consumidor (mutuário) contratar seguro diretamente com o agente financeiro, foi o julgamento do REsp 969.129, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.12.2009. Em 13.06.2012, a Corte, por sua Segunda Seção, edita a Súmula 473 que sintetiza a jurisprudência do STJ: O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.”

Na segunda hipótese, a condição é quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento. Para tal caso, contudo, o Código não estabelece uma proibição absoluta. O limite quantitativo é admissível desde que haja “justa causa” para a sua imposição, por exemplo, quando o estoque do fornecedor for limitado. A prova da excludente, evidentemente, compete ao fornecedor.

Em acórdão, proferido em agosto de 2009, o STJ destaca que a “justa causa”, referida pelo artigo 39, I, refere-se unicamente aos limites quantitativos: “1. O Tribunal a quo manteve a concessão de segurança para anular auto de infração consubstanciado no art. 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista. 2. O art. 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada “venda casada”, ao estabelecer que é vedado ao fornecedor ‘condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos’. 3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e usualmente comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos. 4. A dilação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor. 5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar. 6. Apenas na segunda hipótese do art. 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor” (REsp 384284-RS, j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 15.12.2009).

A justa causa, porém, só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor. Ou seja, o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades. Assim, se o consumidor quer adquirir uma lata de óleo, não é lícito ao fornecedor condicionar a venda à aquisição de duas outras unidades. A solução também é aplicável aos brindes, promoções e bens com desconto. O consumidor sempre tem o direito de, em desejando, recusar a aquisição *quantitativamente casada*, desde que pague o preço normal do produto ou serviço, isto é, sem o desconto.

7. Recusa de atendimento à demanda do consumidor (art. 39, II)

O fornecedor não pode recusar-se a atender à demanda do consumidor, desde que tenha, de fato, em estoque os produtos ou esteja habilitado a prestar o serviço. É irrelevante a razão alegada pelo fornecedor. Veja-se o caso do consumidor que, a pretexto de ter passado cheque sem fundos em compra anterior, tem a sua demanda, com pagamento à vista, recusada. Ou, ainda, o motorista de táxi que, ao saber da pequena distância da corrida do consumidor, lhe nega o serviço.

Embora tenha se amparado na prática abusiva descrita no art. 39, IX, do CDC, o STJ, em julgado recente, relatado pela Min. Nancy Andrighi, considerou ilegal conduta de pessoa jurídica que se recusou a contratar seguro de vida de modo arbitrário, simplesmente porque o consumidor foi portador, no passado, de leucemia: “Nos dias de hoje a contratação de seguros, seja de saúde, de automóveis ou de vida, é praticada cada vez mais comum, integrando o dia a dia das pessoas. Assim, conquanto o direito securitário tenha um notório viés econômico, é inegável que também apresenta um acentuado componente social. Assim, a negativa de aceitar um consumidor na contratação de seguro deve ser regra absolutamente excepcional. Para a manutenção do equilíbrio da carteira de seguros, é importante que a companhia seguradora formule um preço que respeite o correto cálculo atuarial. Consumidores que apresentam grau de risco maior devem arcar com prêmios mais elevados, ao passo que consumidores cujo risco seja menor, devem poder contratar o seguro a preço mais baixo. Se um jovem foi portador de leucemia, mas apresenta-se clinicamente curado, a pura e simples negativa de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa, como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença pré-existente. Rejeitar o consumidor, pura e simplesmente, notadamente em situações em que o seguro é oferecido como consectário do contrato de estágio, gera dano moral. O consumidor, rejeitado pelo seguro, vê sua doença desnecessariamente exposta em seu ambiente de trabalho” (REsp 1300116/SP, j. 23.10.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 13.11.2012).

8. Fornecimento não solicitado (art. 39, III)

A regra do Código, nos termos do seu art. 39, III, é de que o produto ou serviço só pode ser fornecido desde que haja solicitação prévia. O fornecimento não solicitado é uma prática corriqueira – e abusiva – do mercado. Uma vez que, não obstante a proibição, o produto ou serviço seja fornecido, aplica-se o disposto no parágrafo único do dispositivo: o consumidor recebe o fornecimento como mera amostra grátis, não cabendo qualquer pagamento ou ressarcimento ao fornecedor, nem mesmo os decorrentes de transporte. É ato cujo risco corre inteiramente por conta do fornecedor.

Outro não é o entendimento do STJ: “O ‘produto’ ou ‘serviço’ não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária – caso do ‘tele-sexo’ –, carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha (...). Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6.º, VIII, da mesma Lei 8.078/1990, o que inocorreu. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados” (STJ, REsp 265.121-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 04.04.2002). Na mesma linha, o STJ afirma ser prática abusiva enviar ao consumidor cartão de crédito não solicitado: “O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta

considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral” (REsp 1061500-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.11.2008, DJ 20.11.2008). Cabe acrescentar que a Corte já confirmou a condenação por dano moral decorrente de envio de cartão de crédito sem prévia solicitação do consumidor (STJ, AgRg no AREsp 33418/RJ, j. 27.03.2012, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 09.04.2012).

No que se refere especificamente aos serviços, o art. 39, inc. III, é complementado pelo inc. VI, do mesmo dispositivo, e pelo art. 40.

Nos termos do art. 39, VI, é prática abusiva “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

O dispositivo – que contém erro de redação, pois o correto seria falar em “ressalvados os decorrentes” (no masculino plural, já que se refere a serviços) – impõe, na prestação de serviços, dois requisitos: a) orçamento; e b) autorização expressa. Aquele, a cargo do fornecedor; esta, pelo consumidor. São “obrigações” próprias e inafastáveis do fornecedor, de cuja existência depende a consumação do negócio jurídico de consumo. Sem sua presença, eventuais serviços fornecidos serão tidos como liberalidade do prestador.

O art. 40 complementa o art. 39, VI, detalhando o regime jurídico do orçamento, estabelecendo seu conteúdo, prazo de validade e eficácia.

Nenhum serviço pode ser fornecido sem um orçamento prévio, e tal já havia sido previsto no art. 39, VI. E não cabe o mero “acerto” verbal, de vez que o dispositivo fala em “entrega” do orçamento ao consumidor.

A propósito, registre-se julgado relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor” (REsp 332869-RJ, j. 24.06.2002, DJ 02.09.2002, p. 184).

O orçamento deve conter, necessariamente, informações sobre: a) o preço da mão de obra, dos materiais e equipamentos; b) as condições de pagamento; c) a data de início e término do serviço.

Como princípio, o preço orçado – da mão de obra, dos materiais e dos equipamentos – tem validade de 10 dias, prazo este que é contado do seu recebimento pelo consumidor. Ressalte-se, recebimento, e não conhecimento. Essa regra, contudo, pode ser afastada pela vontade das partes.

Uma vez que o orçamento tenha sido aprovado, equivale ele a um contrato firmado pelas partes. Por isso mesmo, só a livre negociação pode alterar o seu conteúdo.

O consumidor contrata com aquele que lhe oferta o orçamento. Havendo necessidade de serviço de terceiro, duas possibilidades se abrem: se o auxílio externo está previsto no orçamento (com todas as especificações exigidas pelo *caput*), o consumidor é responsável pelo valor do serviço que venha a ser prestado; se, ao contrário, o orçamento é omissivo a tal respeito, o consumidor, por isso mesmo, não assume qualquer ônus extra, cabendo ao fornecedor principal arcar com os encargos acrescidos.

9. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor (art. 39, IV)

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4.º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com este dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente.

No julgamento do REsp 1061500, já referido, a Corte reconhece que a idade do consumidor é fator a ser especialmente considerado no exame da prática abusiva, bem como no valor da indenização por dano moral: “O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral” (REsp 1061500-RS, j. 04.11.2008, rel. Min. Sidnei Beneti).

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade –, mas nunca a todos os consumidores.

A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.

A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII).

10. A exigência de vantagem excessiva (art. 39, V)

Note-se que, nesse ponto, o Código mostra a sua aversão não apenas à vantagem excessiva concretizada, mas também em relação à mera *exigência*. Ou seja, basta que o fornecedor, nos atos preparatórios ao contrato, solicite vantagem dessa natureza para que o dispositivo legal tenha aplicação integral.

Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, § 1.º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos – são sinônimos.

11. Serviços sem orçamento e autorização do consumidor (art. 39, VI)

A prestação de serviço depende de prévio orçamento (art. 40). Só que a simples apresentação do orçamento não implica autorização do consumidor. Para que o fornecedor possa dar início ao serviço, mister é que tenha a autorização expressa do consumidor. A esta equivale a aprovação que o consumidor dê ao orçamento (art. 40, § 2.º), desde que expressa (v. item 8).

Se o serviço, não obstante a ausência de aprovação expressa do consumidor, for realizado, aplica-se, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 39, ou seja, o serviço, por não ter sido solicitado, é considerado amostra grátis, uma liberalidade do fornecedor, sem qualquer contraprestação exigida do consumidor.

Se a autorização for parcial – por exemplo, envolvendo só alguns itens do orçamento prévio –, o pagamento do consumidor fica restrito às partes, efetiva e comprovadamente, aprovadas.

A posição do STJ é exatamente nessa linha: “O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor” (STJ, REsp 332.869-RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.06.2002). Acrescente-se que a Corte, considerando circunstâncias excepcionais (atendimento médico emergencial), afastou, no julgamento do REsp 1.256.703, a necessidade de orçamento prévio: “ (...) 3. Não há dúvida que houve a prestação de serviço médico-hospitalar e que o caso guarda peculiaridades importantes, suficientes ao afastamento, para o próprio interesse do consumidor, da necessidade de prévia elaboração de instrumento contratual e apresentação de orçamento pelo fornecedor de serviço, prevista no art. 40 do CDC, dado ser incompatível com a situação médica emergencial experimentada pela filha do réu. 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumentário que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente” (REsp 1256703-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.09.2011, Dje 27.09.2011).

Em existindo práticas anteriores entre o consumidor e o fornecedor, aquelas, desde que provadas por este, regram o relacionamento entre as partes.

12. Divulgação de informações negativas sobre o consumidor (art. 39, VII)

Nenhum fornecedor pode divulgar informação depreciativa sobre o consumidor quando tal se referir ao exercício de direito seu. Por exemplo, não é lícito ao fornecedor informar seus companheiros de categoria que o consumidor sustou o

protesto de um título, que o consumidor gosta de reclamar da qualidade de produtos e serviços, que o consumidor é membro de uma associação de consumidores ou que já representou ao Ministério Público ou propôs ação.

O texto do art. 39, VII, difere substancialmente daquele do art. 43. Aqui se trata de arquivo de consumo (Capítulo X). Lá, ao revés, se cuida de mero repasse de informação, sem qualquer arquivamento. Seria, em linguagem vulgar, a “fofoca de consumo”.

Não está proibido, contudo, o repasse de informação, mesmo depreciativa, quando o consumidor pratica ato que exorbita o exercício de seus direitos. Assim se a associação de consumidores vem a ser condenada por litigância de má-fé.

13. Produtos ou serviços em desacordo com as normas técnicas (art. 39, VIII)

Existindo norma técnica expedida por qualquer órgão público ou entidade privada credenciada pelo CONMETRO, cabe ao fornecedor respeitá-la.

O STJ tem declarado a legalidade e legitimidade das normas expedidas pelo CONMETRO, como se observa pela seguinte decisão, proferida em abril de 2011: “1. A Primeira Seção/STJ, no julgamento do REsp 1.102.578-MG (rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 29.10.2009), confirmou entendimento no sentido de que ‘estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais’, pois ‘essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade à ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade’. 2. O art. 5.º da Lei 9.933/1999 estabelece que são obrigadas a observar e a cumprir os deveres instituídos pela lei mencionada e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo CONMETRO e pelo INMETRO ‘as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços’. Nesse contexto, mostra-se legítimo o ato do INMETRO, que autuou o comerciante (ou varejista) no caso dos autos, por expor produto (cordões conectores), destinado à venda, sem símbolo de identificação da certificação no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação de Conformidade. Nesse sentido: REsp 1.118.302-SC, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 14.10.2009” (REsp 1236315-RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 26.04.2011, *DJe* 05.05.2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1156601/MG, j. 28.08.2012, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 13.09.2012.

O Código não altera a sistemática da normalização. Limita-se a reconhecê-la como útil à proteção do consumidor. Ao caracterizar como prática abusiva a colocação no mercado de consumo de “qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não

existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO”, quis legitimar o esforço metrológico e normalizador.

O dispositivo aplica-se apenas às normas obrigatórias, isto é, às normas NBR-1 e NBR-2, conforme melhor desenvolveremos em seguida. Não dá caráter vinculado às normas registradas e às probatórias.

É bom lembrar que mesmo as normas não obrigatórias têm relevância jurídica e técnica, pois servem de guia ao juiz e ao administrador, no momento que precisam avaliar a conformidade do comportamento do fornecedor com padrões considerados ideais.

De toda sorte, não fica o juiz adstrito aos critérios fixados pelos organismos de normalização e metrologia. Estes estabelecem padrões mínimos, verdadeiros pisos, e não tetos. Às vezes, os padrões promulgados não refletem as expectativas legítimas dos consumidores, nem o estado da arte, ciência ou técnica, mas, sim, os objetivos econômicos de um determinado setor produtivo, não coincidentes, necessariamente, com o interesse público.

14. A normalização

Para melhor compreender o disposto no art. 39, VIII, algumas palavras sobre a normalização são necessárias.

Em uma sociedade de produção em massa é mister, para o próprio sucesso do mercado, certa uniformidade entre produtos ou serviços. Esse é o papel da normalização, ou seja, estabelecer normas para o regramento da produção e, em certos casos, também da comercialização. E, muitas vezes, tal significa melhorar a qualidade dos bens de consumo.

É por isso que o processo de normalização interessa aos consumidores, de vez que “um dos mais importantes problemas da tutela do consumidor é a qualidade dos produtos e serviços” (ROSS CRANSTON, *Consumers and the law*, p. 103), seja pelo ângulo da segurança, seja pelo seu aspecto da adequação. A qualidade é, sem dúvida, o objetivo maior da normalização. No mercado pós-industrial é impossível alcançar a qualidade – como padrão universal – sem um esforço de normalização. Não é por outra razão que se diz que “a qualidade tem ligações tão estreitas com a normalização que podem ser consideradas como indispensáveis: a espiral da normalização acompanha sempre a da qualidade” (L. A. Palhano PEDROSO, *Normalização brasileira e a ABNT*, p. 141).

Tudo leva a crer que, quanto maior o número de normas técnicas, maior é o grau de desenvolvimento do país.

“Reconhece-se hoje haver uma relação direta entre o número de normas técnicas produzidas e em vigor em um país e o seu nível de desenvolvimento global: social e material. São exemplos inequívocos os fatos de existirem nos Estados Unidos da América do Norte e no Japão cerca de 45.000 normas em vigor; na União Soviética, 40.000; na França, 25.000; e no Brasil, 6.000” (Thomaz Marcello D’ÁVILA, *A normalização*

técnica e o direito, p. 371). Mas a normalização desempenha também um papel na orientação do consumidor. Não deixa ela de ser “um meio de informar o consumidor sobre as qualidades que ele pode esperar de um produto” (Denise BAUMANN, *Droit de la consommation*, p. 130), assim atuando como genuíno serviço prestado no mercado. Realmente, as normas existem não apenas para conhecimento dos profissionais, mas igualmente para consciência dos consumidores.

A normalização surgiu, a partir da Primeira Guerra Mundial, como um esforço, entre os próprios profissionais, para assegurar a *compatibilização* de produtos, necessidade esta que emerge como consequência da complexidade crescente do mercado pós-industrial. Hoje, entretanto, os objetivos e o modo de atuação da normalização são muito mais vastos.

Em primeiro lugar, a normalização ampliou suas fronteiras para além da simples compatibilização de bens. Passa, então, a ter outras preocupações: a busca de produtos ou serviços de acordo com as expectativas e seus destinatários, em particular quanto à sua segurança, à economia de energia e à proteção do meio ambiente (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 195).

O mercado, pelo prisma da qualidade, é controlado por duas técnicas principais: a regulamentação e a normalização. Se os objetivos dos dois fenômenos são idênticos (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 195), não implica dizer que também são idênticos os seus conceitos, modos de operação e fundamentos. De fato, estamos diante de noções distintas, apesar de ambas terem a mesma *ratio*. A regulamentação é produzida diretamente pelo Estado, provém de um “ato de autoridade” (idem, *ibidem*), enquanto a normalização advém de um trabalho misto, cooperado, entre o Estado e entidades privadas. Além disso, ao contrário do que sucede com a normalização, a regulamentação se impõe de pleno direito, com um caráter de obrigatoriedade absoluta, a todos os agentes econômicos. Diversamente, muitas das normas permitem uma adesão voluntária, em particular quando emanadas de organismos totalmente privados.

Em segundo lugar, a normalização deixa de ser um fenômeno entre profissionais e ganha um caráter mais democrático, mais heterogêneo, dando voz também a outros sujeitos não profissionais, como os consumidores.

As normas são hoje imprescindíveis para o bom funcionamento do mercado. Interessem notadamente à saúde, à segurança, à economia de energia, à proteção do consumidor, ao transporte, à compatibilização de produtos e serviços. Constituem-se, junto com a regulamentação legal, em um dos sustentáculos da política de qualidade.

Na proteção do consumidor, a normalização nem sempre é suficiente para alcançar os objetivos de política pública requeridos pela sociedade.

“No final das contas, a regulamentação pública é necessária para melhorar a qualidade dos bens, em adição aos esforços voluntários” (ROSS CRANSTON, *Consumers and the law*, p. 107). É aí que entra em cena a produção de regras legais, agora como atos de autoridade – regulamentação –, como forma de aperfeiçoamento da qualidade de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor faz uso de uma série de *técnicas de controle da qualidade* de produtos e serviços. Em primeiro lugar, há os controles autorregulamentares, como aqueles exercidos através da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT); em seguida, cabe citar a regulamentação obrigatória, como aquela que cria uma “garantia legal de adequação do produto ou serviço” (arts. 23 e 24); em terceiro lugar, permite-se ao Judiciário compelir o Poder Público “a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal” (art. 102). Finalmente, permite-se ao próprio Poder Público apreender e inutilizar produtos, cassar seu registro, suspender seu fornecimento (também de serviços), entre outras sanções administrativas (art. 56).

O Brasil adota um sistema misto de normalização: participação do Estado e de entidades privadas (em particular, a Associação Brasileira de Normas Técnicas) em um esforço comum. Todos os organismos de normalização, privados ou públicos, integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO). O Estado, de qualquer modo, mantém um controle final do processo de normalização. Assim, por exemplo, uma norma elaborada pela ABNT só se torna “norma brasileira” uma vez registrada no Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO). Fundada em 28 de setembro de 1940, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, com sede no Rio de Janeiro. Tem utilidade pública, nos termos da Lei 4.150/1962, sendo considerada o Fórum Nacional de Normalização (Resolução 14/83, do CONMETRO). O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO) tem por finalidade “formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais” (Lei 5.966/1973, art. 1.º, *caput*). É ele integrado por “entidades públicas ou privadas que exerçam atividades relacionadas com metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais” (Lei 5.966/1973, art. 1.º, parágrafo único). O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), por sua vez, é o “órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial” (Lei 5.966/1973, art. 2.º, *caput*). Já o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), uma autarquia federal, é “o órgão executivo central” do SINMETRO, cabendo-lhe, “mediante autorização do CONMETRO, credenciar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal” (Lei 5.966/1973, art. 5.º).

A normalização, como a própria denominação o diz, funciona através da elaboração e promulgação de normas.

Nem todas as normas técnicas são obrigatórias. Algumas são meramente facultativas. De qualquer modo, em havendo a obrigatoriedade, nenhum produto ou serviço que a contrarie, nacional ou estrangeiro, pode ser produzido ou comercializado.

A bem da verdade, não existe, em termos jurídicos, norma inteiramente facultativa, pois mesmo aquelas assim denominadas podem ser utilizadas pelo administrador e pelo magistrado no julgamento da adequação técnica do comportamento do

fornecedor. Se é certo que a norma dita facultativa indica uma meta a ser alcançada, nem por isso deixa de afirmar um patamar de qualidade que, no estado da arte do momento, é considerado alcançável e adequado. Negar-se o fornecedor a acompanhar e acolher aquilo que é tecnicamente viável ou até praticado, de forma cotidiana, em outros países constitui forte indício de abusividade de sua conduta.

As normas, particularmente aquelas que têm a ver com a proteção do consumidor, apresentam-se sempre como um parâmetro mínimo. Vale dizer, tanto a administração pública como o juiz podem impor *standard* mais elevado, uma vez que considerem o fixado insuficiente.

Em outras palavras: a normalização não impede ou mesmo limita o trabalho de controle da administração e do Judiciário. Mostra-se apenas como um critério de conformidade mínima, critério esse que, não raras vezes, leva mais em conta os interesses dos fornecedores (aí incluindo-se o Estado) do que propriamente dos consumidores. É por isso mesmo que “uma norma, embora obrigatória, pode, de outra forma, ser considerada insuficientemente protetória” (Gerard CAS e Didier FERIER, *Traité de droit de la consommation*, p. 201). No Brasil, há basicamente quatro tipos de normas técnicas: NBR-1 (normas compulsórias, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional); NBR-2 (normas referenciais, também aprovadas pelo CONMETRO, sendo de uso obrigatório para o Poder Público); NBR-3 (normas registradas, de caráter voluntário, com registro efetuado no INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios fixados pelo CONMETRO); NBR-4 (normas probatórias, registradas no INMETRO, ainda em fase experimental, possuindo vigência limitada).

15. Recusa de venda direta (art. 39, IX)

Como fruto do casamento entre a proteção do consumidor e a salvaguarda da concorrência, surge este dispositivo, trazido pela Lei 8.884/1994. A presente prática abusiva distingue-se daquela prevista no inc. II. Neste, a recusa é em *atender às demandas dos consumidores*, ao passo que, aqui, cuida-se de imposição de intermediários àquele que se dispõe a adquirir, *diretamente*, produtos e serviços mediante pronto pagamento.

O texto legal excepciona “casos de intermediação regulados em leis especiais”. Veja-se, contudo, que, nas palavras do legislador, a ressalva só vale para as hipóteses previstas em lei, nunca em regulamentos ou atos administrativos inferiores.

Por se tratar de norma de ordem pública e interesse social, eventual aceitação contratual pela vítima da intermediação é nula de pleno direito, caracterizando-se como cláusula abusiva nos termos do art. 51 do CDC (ver Capítulo XI).

16. Elevação de preço sem justa causa (art. 39, X)

Esse inciso, também sugerido por mim, visa a assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado *preço abusivo*.

Aqui não se cuida de tabelamento ou controle prévio de preço (art. 41), mas de análise casuística que o juiz e a autoridade administrativa fazem, diante de fato concreto.

A regra, então, é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em *justa causa*, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos. Em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação cria uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa.

Nesta matéria, tanto o consumidor como o Poder Público podem fazer uso da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC.

17. Reajuste diverso do previsto em lei ou no contrato (art. 39, XI)

Novamente por sugestão minha, o CDC foi alterado pelo art. 8.º da Medida Provisória 1.477-42, de 06.11.1997 (mensalidades escolares) (convertida na Lei 9.870, de 23.11.1999), acrescentando-se mais um inciso.

É comum no mercado a modificação unilateral dos índices ou fórmulas de reajuste nos negócios entre consumidores e fornecedores (contratos imobiliários, de educação e planos de saúde, por exemplo). O dispositivo veda tal comportamento, criando um *ilícito de consumo*, que pode ser atacado civil ou administrativamente.

É claro que tal prática condenável já estava proibida, como cláusula abusiva, pelos incs. IV (obrigações iníquas, abusivas, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, exageradamente desvantajosas para o consumidor), X (variação unilateral do preço) e XIII (modificação unilateral do conteúdo do contrato) do art. 51 do CDC.

Entretanto, com o intuito de evitar-se discussão sobre a natureza do reajuste – ser ou não ser variação de preço –, entendi importante fazer o acréscimo ao texto original do CDC.

Ao referir-se a “fórmula” ou “índice” no singular, o texto legal, adotando tendência crescente da doutrina e da jurisprudência, proíbe a utilização de vários índices alternativos no mesmo contrato, posto que prática claramente abusiva.

18. A inexistência ou deficiência de prazo para cumprimento da obrigação (art. 39, XII)

Não é raro encontrar no mercado contratos em que o consumidor tem prazo certo para cumprir a sua prestação (o pagamento do preço, normalmente), enquanto o fornecedor possui ampla margem de manobra em relação à sua contraprestação.

Basta que se lembrem os casos dos contratos imobiliários em que se fixa um prazo certo para a conclusão das obras a partir do início ou término das fundações. Só que para estes não há qualquer prazo.

O dispositivo é claro: todo contrato de consumo deve trazer, necessária e claramente, o prazo de cumprimento das obrigações do fornecedor.

19. Tabelamento de preços

Estabelece o art. 41: “No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Até há pouco tempo, o tabelamento de preços era visto precipuamente pelo prisma administrativo e penal (Lei de Economia Popular). O Código altera o tratamento da matéria, introduzindo um outro mecanismo de implementação: a reparação civil.

Duas são as opções do consumidor: a) a restituição da quantia paga em excesso; b) o desfazimento do negócio.

Caso o consumidor opte pelo desfazimento do contrato, cabe, evidentemente, restituição da quantia paga, monetariamente atualizada.

Tudo isso sem prejuízo de sanções de outra natureza, sejam administrativas, sejam criminais, aí incluindo-se a multa.

20. A cobrança de dívidas de consumo

Cobrar uma dívida é atividade corriqueira e legítima. O Código não se opõe a tal. Sua objeção resume-se aos excessos cometidos no afã do recebimento daquilo de que se é credor. E abusos há.

A Seção V do CDC sofreu grande influência do projeto do *National Consumer Act*, na versão do seu *First Final Draft*, preparado pelo *National Consumer Law Center*, e da lei norte-americana conhecida por *Fair Debt Collection Practices Act*, promulgada em 1977. O preceito não constava do texto original da Comissão de Juristas. Foi novidade trazida pelo Substitutivo Ministério Público – Secretaria de Defesa do Consumidor. Na defesa de sua adoção, assim escrevi na justificativa juntada ao Substitutivo: “A tutela do consumidor ocorre *antes, durante e após* a formação da relação de consumo. São do conhecimento de todos os abusos que são praticados na cobrança de dívidas de consumo. Os artificios são os mais distintos e elaborados, não sendo raros, contudo, os casos de ameaças, telefonemas anônimos, *cartas fantasiosas* e até a utilização de nomes de outras pessoas. No Brasil, infelizmente, não há qualquer proteção contra tais condutas. O consumidor – especialmente o de baixa renda – é exposto ao ridículo, principalmente em seu ambiente de trabalho, tendo, ainda, seu descanso no lar perturbado por telefonemas, muitos deles em cadeia e até em altas horas da madrugada”. O próprio Congresso dos Estados Unidos, na Exposição de Motivos do *Fair Debt Collection Practices Act*, reconheceu que “há prova abundante do uso, por parte de cobradores de débitos, de práticas abusivas, enganosas e injustas em tal atividade. Práticas abusivas de cobrança de dívidas contribuem para o número de insolvências civis, para a instabilidade matrimonial, para a perda de emprego e para a invasão da privacidade individual”.

O problema não é apenas brasileiro. É inerente mesmo à sociedade de consumo, já que o crédito transformou-se em sua mola mestra. E, evidentemente, todo

credor – mesmo o usurário – quer receber de volta o que emprestou, somado à sua remuneração. Para tanto vai, muitas vezes, às últimas consequências: a cobrança judicial. Só que esta, em face dos obstáculos inerentes ao processo, não é nunca a opção primeira do credor.

“Em decorrência da demora e custo envolvidos em um processo judicial, o credor, provavelmente, fará uso, a princípio, de táticas extrajudiciais de cobrança” (David G. ESPEIN e Steve H. NICKLES, *Consumer law in a nutshell*, p. 372).

Os abusos surgem exatamente nessa fase extrajudicial. O consumidor é abordado, das mais variadas formas possíveis, em seu trabalho, residência e lazer. Utiliza-se toda uma série de procedimentos vexatórios, enganosos e molestadores. Seus vizinhos, amigos e colegas de trabalho são incomodados. Não raras vezes vem ele a perder o emprego em face dos transtornos diretos causados aos seus chefes. As humilhações, por sua vez, não têm limites.

Um caso, entre tantos outros, levado ao Procon de São Paulo, é ilustrativo. O consumidor inadimplente trabalhava em um escritório nas vizinhanças da Praça da Sé, no centro de São Paulo, uma das regiões mais movimentadas da cidade. A empresa de cobrança, não satisfeita com os telefonemas diários que fazia ao chefe do devedor, resolveu colocar na porta de seu serviço uma “banda de música”, acompanhando palhaços, com cartazes, e que gritavam o nome do consumidor e o cobriam de adjetivos os mais variados. Um exagero a que o nosso direito não dava tratamento eficaz.

21. Objeto do dispositivo (art. 42, *caput*)

Essa parte do Código não se preocupa com a formação do contrato de consumo. Limita-se a reger alguns aspectos de sua *implementação* (execução) pelo fornecedor.

Diga-se, inicialmente, que o dispositivo não se consagra à cobrança judicial, isto é, àquela exercida em função de processo judicial, através de funcionários públicos. Destina-se, portanto, a controlar as cobranças extrajudiciais, em especial aquelas efetuadas por “empresas de cobrança”.

Ao contrário do *Fair Debt Collection Practices Act*, o dispositivo do Código brasileiro regra *qualquer tipo* de cobrança extrajudicial, mesmo que exercida diretamente pelo próprio credor, sem a intermediação de empresa especializada na prestação desse tipo de serviço.

O nosso texto, então, acompanha o modelo mais avançado de algumas leis estaduais dos Estados Unidos, como é o caso do Estado de Wisconsin, cuja lei tem aplicação contra qualquer um que cobre débitos, não se limitando às empresas especializadas em tal negócio. Cabe destacar que, por meio da Lei 12.039, de 1.º.10.2009, acrescentou-se ao dispositivo (art. 42), após seu parágrafo único, o art. 42-A que estabelece: “Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas

– CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente”.

De modo resumido, protegem-se a privacidade e a imagem pública do cidadão, na sua qualidade de consumidor. Por esse prisma, tudo é novidade. Proíbe-se, fundamentalmente, a sua exposição a ridículo, a interferência na sua privacidade e a utilização de inverdades.

22. Os contatos do credor com terceiros

O débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como consequência, qualquer esforço de cobrança há de ser dirigido contra a pessoa deste. Não pode envolver terceiros (a não ser aqueles que garantem o débito), nem mesmo os familiares do consumidor. Só excepcionalmente tal é possível, e tão só para a aquisição de informação sobre o paradeiro do devedor.

Daí que são inadmissíveis as práticas de cobrança que, direta ou indiretamente, afetem pessoas outras que não o próprio consumidor. É um seriíssimo indício do intuito do credor de envergonhar ou vexar o inadimplente. Significa, em outras palavras, violação do art. 42, *caput*.

23. As práticas proibidas

O art. 42 tem de ser lido em conjunto com o art. 71, sua face penal. Diz este: “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 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa”.

São violações *per se* dos dois dispositivos: a) a utilização de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral; b) o emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas.

Esses dois grupos de afronta legal são proibidos de maneira absoluta. Em outras palavras: jamais é justificável, em cobrança extrajudicial, o uso de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, assim como de afirmações desconformes com a realidade.

Mas há outras formas de cobrança que não são vedadas pelo Código de modo absoluto. Admite-se, por exceção, sua utilização. São elas: a) a exposição do consumidor a ridículo; b) a interferência no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

24. As proibições absolutas

Existem certas práticas que não podem, em nenhuma hipótese, ser utilizadas por aquele que cobra dívida de consumo. Paira sobre elas proibição absoluta, havendo presunção *juris et de jure* de prejuízo para o consumidor. São proibições absolutas: a) a ameaça; b) a coação e o constrangimento físico ou moral; c) o emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas. É o que analisaremos a seguir.

25. A ameaça

Nenhum credor ou preposto seu pode ameaçar o consumidor na cobrança de um débito. O conceito de ameaça aqui não é idêntico àquele do Código Penal (art. 147). É muito mais amplo.

Não se exige, em primeiro lugar, a gravidade do mal. Portanto, se o cobrador “ameaça” o consumidor de espalhar a notícia do débito entre todos os seus amigos ou colegas de trabalho, configurado está o ataque ao art. 42, bem como ao art. 71.

Em segundo lugar, não é necessário que a ameaça tenha o condão de assustar o consumidor. Tampouco se requer diga ela respeito a mal físico. A simples ameaça patrimonial ou moral, quando desprovida de fundamento, já se encaixa no dispositivo. É o caso do proprietário de escola que, ao cobrar débito atrasado, ameaça impedir o aluno de fazer seus exames.

Tudo isso não quer dizer que qualquer palavra ou gesto do cobrador configure ameaça e baste para a aplicação dos dispositivos mencionados. De seu conceito exclui-se, a toda evidência, o exercício de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Assim, se o credor avisa o consumidor que em sete dias estará propondo ação de cobrança, aí não há qualquer ameaça, mas, sim, a comunicação de um procedimento acobertado pelo direito. Claro que, mesmo nesse caso, se houver puro “blefe”, caracterizada está a infringência ao preceito, mas sob outro fundamento (“emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas”).

26. A coação e o constrangimento físico ou moral

O Código, nesse ponto, utilizou sinônimos para proibir o mesmo fenômeno: o emprego de *vis absoluta* (violência absoluta) e de *vis relativa* (violência relativa) na cobrança de dívidas de consumo.

O consumidor, ao ser cobrado extrajudicialmente por um débito oriundo de uma relação de consumo, está protegido contra qualquer constrangimento físico ou moral. Naquela hipótese, tem ele sua vontade absolutamente anulada. Nesta, diversamente, em face de uma grave ameaça, sua vontade é manifestada de modo viciado (o cobrador que, armado com um revólver, diz: “o pagamento ou sua vida”).

27. O emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas

No direito tradicional, a verdade, como valor jurídico, só tinha importância na fase pré-negocial. Uma vez que faltasse, o negócio poderia estar irremediavelmente viciado. Consumado o contrato, muito pouco estava a impedir o credor de utilizar-se de artifícios, incluindo-se a mentira, para ver adimplida a obrigação.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a correção das informações utilizadas pelo cobrador é fundamental. Inadmissível a cobrança de dívida de consumo alavancada por informações que não estejam totalmente em sintonia com a realidade dos fatos.

Afirmção falsa é aquela que não tem sustentação em dados reais. É a mentira pura e simples. Exemplos: o cobrador que se diz advogado sem o ser; a cobrança que afirma ter o consumidor cometido um crime, sem que tal esteja caracterizado; a afirmação de que a cobrança já está no departamento jurídico, sem que assim o seja, bem como a de que a cobrança daquele débito será feita judicialmente, quando o cobrador não tem a menor intenção ou condição material (o débito não compensa) de fazê-lo.

Já na informação incorreta, a desconformidade é parcial. Há um casamento de verdade e inverdade.

Finalmente, informação enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro, mesmo que literalmente verdadeira. Tal se dá especialmente porque é ambígua, ou dado necessário à sua boa compreensão é omitido. Tomada isoladamente, não é falsa nem incorreta. Mas, quando vista de maneira contextual, tem o condão de levar o consumidor a se comportar erradamente, acreditando em algo que não é real. Isso no caso da omissão. Mas fica também caracterizada no uso de palavras, expressões e frases de sentido dúbio ou múltiplo.

É informação enganosa aquela cujo suporte material (impresso, por exemplo) traz timbres ou expressões que implicam qualidade ou poder que o cobrador não tem. Assim quando o impresso utiliza brasões do Município, do Estado ou da União, ou qualquer outro símbolo que leve o consumidor a imaginar que se trata de correspondência oficial. O mesmo raciocínio vale para correspondências redigidas de modo a simular a forma ou aparência de procedimento judicial. Também quando a pessoa que assina a correspondência se dá título que induz o consumidor a imaginar-se cobrado por funcionário do Estado (“agente de cobrança” ou “oficial de cobrança” etc.).

28. As proibições relativas

Ao lado dessas práticas de cobrança que são terminantemente vedadas, há outras que recebem uma proibição relativa. Como regra, são interditadas. Excepcionalmente, porém, o ordenamento as admite, desde que preenchidos certos requisitos. E a prova da presença destes compete ao cobrador. São proibições relativas: a) a exposição do consumidor a ridículo; b) a interferência no trabalho, descanso ou lazer. Vejamos.

29. A exposição do consumidor a ridículo

O Código proíbe a exposição do consumidor a ridículo. É certo que uma cobrança de dívida sempre traz um potencial, por mínimo que seja, de exposição a ridículo. Afinal, ninguém gosta de ser cobrado. Por isso que o legislador exige, para a configuração da infração, que a exposição seja injustificável. Esta tem lugar quando o ato de cobrança pode ser efetuado sem tal exposição. E assim o é na grande maioria das vezes.

O que o Código quer aqui é evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta de cobrança da dívida.

Expor a ridículo quer dizer envergonhar, colocar o consumidor perante terceiros em situação de humilhação. Pressupõe, então, que o fato seja presenciado ou chegue ao conhecimento de terceiros. Em certas circunstâncias, basta a possibilidade ou perigo de que tal ocorra.

Qualquer ato ou coisa associada à cobrança pode servir para violar o comando do Código. Mesmo o simples *design* do envelope utilizado pelo cobrador é capaz de se transformar em uma forma indireta de vexar o consumidor.

Tanto assim que o *Fair Debt Collection Practices Act* (FDCPA) proíbe, “quando a comunicação for feita por correio ou por telegrama, o uso, em qualquer envelope, de toda linguagem ou símbolo que não o endereço do cobrador, exceção feita à utilização do nome comercial, se tal denominação não indicar que se trata de negócio de cobrança” (art. 808-8).

A exposição a ridículo também se dá quando o credor divulga lista dos devedores. É prática comum em condomínios e escolas.

Igual resultado vexatório consegue-se com o emprego de “cartões de cobrança”, sem qualquer invólucro, permitindo assim a leitura de seu conteúdo por terceiros (são os chamados, nos Estados Unidos, *shame cards* – cartões da vergonha).

30. A interferência no trabalho, descanso ou lazer

Na tramitação do Código no Congresso Nacional, os empresários, no intuito de derrubar o art. 42, afirmaram que, com a aprovação do texto, nenhum consumidor poderia ser cobrado em seu trabalho, residência ou mesmo na rua (lazer). Ou seja, não poderia ser cobrado nunca.

Não é assim. O legislador não proibiu a cobrança do débito nesses locais. Limitou-se a fixar limites. Permitida é a cobrança, desde que não *interfira* no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

Os vocábulos trabalho e descanso referem-se, respectiva e fundamentalmente, aos locais onde o consumidor exerce sua profissão e tem sua residência. Por lazer entendam-se os momentos de folga do consumidor: fim de semana, férias, compromissos sociais (festas de aniversário, casamento).

Por conseguinte, continua lícito enviar cartas e telegramas de cobrança ao consumidor no seu endereço comercial ou residencial. Ainda é permitido telefonar para ele nesses dois locais. O que se proíbe é que, a pretexto de efetuar cobrança, se interfira no exercício de suas atividades profissionais, de descanso e de lazer. O grau de interferência será avaliado caso a caso. Alguns parâmetros podem, contudo, ser fixados *a priori*.

Uma vez que o cobrador saiba ou seja informado pelo consumidor de que seu empregador proíbe contatos telefônicos seus, qualquer tentativa de cobrança por essa via em seu ambiente de trabalho passa a ser ilícita.

É idêntica a solução do direito norte-americano: o cobrador não pode comunicar-se com o consumidor “no seu lugar de trabalho se o cobrador da dívida sabe ou tem razão para saber que o empregador do consumidor proíbe-o de receber tal comunicação” – art. 805(a)(3).

É ilícito, pelas mesmas razões, telefonar ao chefe, colegas, vizinhos ou familiares do devedor. Também não se admitem telefonemas em seu horário de descanso noturno. Vedados estão, igualmente, telefonemas ou visitas sucessivos. Tampouco podem os contatos com o consumidor ter lugar em horários inconvenientes. Finalmente, sempre que o consumidor, de maneira clara, afirme sua impossibilidade de pagar o débito ou indique o nome de seu advogado, tais comunicações e contatos devem terminar.

A utilização de linguagem rude ou obscena é tida como importunadora. É o que sucede também com os telefonemas não identificados, as ligações anônimas e os “troles”.

31. Sanções civis, administrativas e penais

Uma vez que o procedimento do cobrador (o próprio fornecedor ou empresa de cobrança) cause danos ao consumidor, moral ou patrimonial, tem este direito à indenização. É a regra do art. 6.º, VII.

Se o consumidor perdeu o emprego, ganhou a antipatia de seus vizinhos, foi envergonhado publicamente, teve sua reputação ferida, viu seu casamento afetado, em todos estes e em outros casos de prejuízos faz jus à reparação. Aliás, igual é o tratamento do direito norte-americano (art. 813).

O Poder Público não deve assistir impassível aos abusos praticados na cobrança de dívidas de consumo. Afora a propositura de ações civis, nos termos da legitimidade que lhe dá o art. 82, tem ele, como verdadeiro dever-poder, de aplicar, nos casos de infringência ao art. 42, as sanções administrativas previstas no Código.

Em especial, são pertinentes as penas de multa, de suspensão do fornecimento do serviço (a cobrança de dívidas), de suspensão temporária de atividade e cassação de licença do estabelecimento ou da atividade (Capítulo XII).

Já mencionamos que o regramento das cobranças de dívidas de consumo, mais que qualquer outra parte do Código, vem casado com dispositivo da parte penal.

Quando a cobrança for efetuada pelo próprio credor, pode, em certos casos, ocorrer um conflito aparente de normas entre o preceito do art. 71 e o do art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões). Tratando-se de dívida de consumo, aplica-se o tipo especial. Ressalte-se que este, ao contrário daquele do art. 345, é de ação penal pública incondicionada.

Por derradeiro, havendo lesões corporais ou morte, dá-se concurso material entre o crime especial e os dos arts. 121 e 129 do Código Penal (Capítulo XIII).

Na hipótese de constrangimento, a violência é punida separadamente com base no Código Penal. Tudo isso em face da determinação do art. 61 de que os crimes tipi-

ficados no Código de Defesa do Consumidor assim o são “sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais”.

32. Repetição do indébito

O parágrafo único do art. 42 traz sanção civil para aquele que cobrar dívida em valor maior que o real. Regra parecida – com traços distintos, como veremos – encontra-se no art. 940 do Código Civil (art. 1.531 do CC/1916).

33. O regime do Código Civil

Nos termos do art. 940 do Código Civil de 2002, “aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

O art. 941, por sua vez, estabelece: “As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido”.

Cuida-se, no art. 940, de excesso de pedido *re plus petitur*. O dispositivo, hoje – como à época da elaboração do Código Civil –, é oportuno.

Na lição preciosa de Washington de Barros MONTEIRO, “comprovada a má-fé do autor, ao reclamar dívida já paga no todo ou em parte, sem ressalva das quantias anteriormente recebidas, deve arcar com a pena cominada ao seu procedimento doloso e extorsivo” (*Curso de direito civil*, p. 404).

34. Pressupostos da sanção no regime do CDC

A pena do art. 42, parágrafo único, rege-se por três pressupostos objetivos e um subjetivo (= “engano justificável”).

No plano objetivo, a multa civil só é possível nos casos de cobrança *de dívida*; além disso, a cobrança deve ser *extrajudicial*; finalmente, deve ela ter por origem uma dívida *de consumo*.

Sem que estejam preenchidos esses três pressupostos, aplica-se, no que couber, o sistema geral do Código Civil.

35. O pressuposto da cobrança de dívida

O dispositivo não deixa dúvida sobre seu campo de aplicação primário: “o consumidor cobrado em quantia indevida”. Logo, só a cobrança de dívida justifica a aplicação da multa civil em dobro. Por conseguinte; “não se tratando de cobrança de dívida, mas sim de transferência de numerário de uma conta corrente para outra, injustificável é a condenação em dobro do prejuízo efetivamente suportado pela vítima” (STJ, REsp 257.075, j. 20.11.2001, rel. Min. Barros Monteiro).

36. O pressuposto da extrajudicialidade da cobrança

Já fizemos referência ao fato de que toda esta Seção V destina-se somente às cobranças extrajudiciais. Não interfere, em momento algum, com a atuação judicial de cobrança. Eventual excesso ou desvio nesta será sancionado nos termos do art. 940 do Código Civil.

A sanção do art. 42, parágrafo único, dirige-se tão somente àquelas cobranças que não têm o *munus* do juiz a presidi-las. Daí que, em sendo proposta ação visando à cobrança do devido, mesmo que se trate de dívida de consumo, não mais é aplicável o citado dispositivo, mas, sim, não custa repetir, o Código Civil.

No sistema do Código Civil, a sanção só tem lugar quando a cobrança é judicial, ou seja, pune-se aquele que movimenta a máquina do Judiciário injustificadamente.

Não é esse o caso do Código de Defesa do Consumidor. Usa-se aqui o verbo *cobrar*, enquanto o Código Civil refere-se a *demandar*. Por conseguinte, a sanção, no caso da lei especial, aplica-se sempre que o fornecedor (direta ou indiretamente) cobrar e receber, extrajudicialmente, quantia indevida.

O Código de Defesa do Consumidor, preventivo por excelência, enxerga o problema em estágio anterior ao tratado pelo Código Civil. E não poderia ser de modo diverso, pois, se o parágrafo único do art. 42 do CDC tivesse aplicação restrita às mesmas hipóteses fáticas do art. 940 do CC, faltar-lhe-ia utilidade prática, no sentido de aperfeiçoar a proteção do consumidor contra cobranças irregulares, a própria *ratio* que levou, em última instância, à intervenção do legislador.

Além disso, o parágrafo único sob análise é norma complementar ao *caput* do art. 42 – e ninguém diz ou defende que o *caput* rege apenas a cobrança judicial de débitos de consumo!

Exatamente por regrar, no *iter* da cobrança, estágio diverso e anterior (mas nem por isso menos gravoso ao consumidor) àquele tratado pelo CC é que o CDC impõe requisito inexistente na norma comum. Note-se que, ao revés do que sucede com o regime civil, há necessidade de que o consumidor tenha, de fato, *pago* indevidamente. Não basta a simples cobrança. No art. 940, é suficiente a simples *demand*.

Por tudo o que se disse, cabe a aplicação do art. 42, parágrafo único, a toda e qualquer cobrança extrajudicial de dívida de consumo. Consequentemente, a negatização do nome do consumidor em SPC, SERASA ou outro serviço de proteção ao crédito enseja ao devedor cobrado ilegalmente pleitear a multa civil no dobro do valor indevido, sem prejuízo de perdas e danos de cunho moral, decorrentes da sua inclusão, sem justa causa, no rol dos devedores, prática que, sem dúvida, ofende sua honra pessoal e reputação de consumo (Capítulo X).

A incerteza que reina na jurisprudência, nesse ponto, decorre da confusão *entre ato ilícito de cobrança e ato ilícito de negatização*. Embora as duas situações costumeiramente apareçam como irmãs siamesas, nem sempre é assim.

37. O pressuposto da qualidade de consumo da dívida cobrada

Sabemos, o Código de Defesa do Consumidor só regula relações jurídicas de consumo. Aí está o seu objeto: os chamados atos mistos, que apresentam, de um lado, um fornecedor e, do outro, um consumidor. São excluídos do regramento da lei especial os atos estritamente comerciais e os civis.

Daí que a sanção do art. 42, parágrafo único, só se aplica às dívidas de consumo, isto é, àquelas oriundas de uma relação de consumo, de regra um contrato. E este pode ser de compra e venda, de locação, de *leasing* etc.

Fundando-se a cobrança extrajudicial em débito de consumo, o Código Civil, com seu art. 940, é afastado pelo regime especial, mantendo-se, contudo, aplicável a dívidas decorrentes de outros fatos ou atos que não os de consumo.

38. A suficiência de culpa para aplicação da sanção

Se o engano é justificável, não cabe a repetição.

No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição.

O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.

A propósito, assim já se posicionou o STJ: “Consumidor – Repetição de indébito – Art. 42, parágrafo único, do CDC – Engano justificável – Não configuração. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a repetição dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se configurou a má-fé na conduta da SABESP, ora recorrida. 2. A recorrente visa à restituição em dobro da quantia sub iudice, ao fundamento de que basta a verificação de culpa na hipótese para que se aplique a regra do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 3. O engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço. Precedente do STJ. 4. Dessume-se das premissas fáticas do acórdão recorrido que a concessionária agiu com culpa, pois incorreu em erro no cadastramento das unidades submetidas ao regime de economias. 5. In casu, cabe a restituição em dobro do indébito cobrado após a vigência do CDC” (REsp 1079064-SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.04.2009, DJe 20.04.2009). Todavia, em julgados mais recentes, a orientação da Corte é no sentido de que a análise do “engano justificável” implica, de regra, reexame de prova (Súmula 07 do STJ). Como exemplo: “Consumidor – Repetição de indébito – Energia elétrica – Art. 42, parágrafo único, do CDC – Ausência de culpa ou má-fé da concessionária – Engano justificável – Devolução em dobro – Impossibilidade. 1. O STJ firmou a orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro. 2. O Tribunal a quo, ao apreciar o conjunto fático-probatório, entendeu pela ausência de má-fé da Enersul, por considerar que a cobrança indevida decorreu do laudo elaborado pela empresa Advanced, razão pela qual determinou a restituição de forma simples do valor averi-

guado como indevidamente pago pela recorrente. 3. Caracteriza-se o engano justificável na espécie, notadamente porque a Corte de origem não constatou a presença de culpa ou má-fé, devendo-se afastar a repetição em dobro. 4. Ademais, modificar o entendimento consolidado no acórdão recorrido implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ” (REsp 1250553-MS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.06.2011, *DJe* 15.06.2011) A prova da *justificabilidade* do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor.

Exemplo típico de não justificabilidade do engano é o que ocorre com as cobranças por computador. A automação das cobranças não pode levar o consumidor a sofrer prejuízos. Mais ainda quando se sabe que, na sociedade de consumo, o consumidor, em decorrência da facilidade de crédito, não tem um único débito a pagar e a controlar. E isso dificulta sua verificação rígida. Assim, os erros atribuídos ao *manuseio pessoal* do computador são imputáveis ao fornecedor. Consideram-se injustificáveis, pois lhe cabe o dever de conferir todas as suas cobranças, em especial aquelas computadorizadas.

De outro modo, é justificável o engano quando decorrente de “vírus” no programa do computador, de mau funcionamento da máquina, de demora do correio na entrega de retificação da cobrança original.

Não é engano justificável o erro de cálculo elaborado por empregado do fornecedor. É hipótese bastante comum nos contratos imobiliários, particularmente nas aquisições da casa própria, onde as variáveis são múltiplas e as bases de cálculo têm enorme complexidade. Como a maioria dos consumidores, de regra, em tais casos, não descobre o “equivoco”, há sempre um enriquecimento imerecido por parte do fornecedor.

É despicendo dizer que, em todos esses casos de cobrança indevida, é admissível a *class action* (ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos) dos arts. 91 a 100 (Capítulo XIV).

39. Cobrança indevida por uso de cláusulas ou critérios abusivos

Muitas vezes, a cobrança indevida não decorre de erro de cálculo *stricto sensu*, mas da adoção, pelo credor, de *critérios* de cálculo e *cláusulas contratuais* financeiras não conformes com o sistema legal de proteção do consumidor.

Tal se dá, por exemplo, quando o fornecedor utiliza cláusula contratual abusiva, assim considerada pela lei ou por decisão judicial. Nesse sentido já se manifestou o STJ, pela voz do Min. Aldir Passarinho Jr.: “Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor” (STJ, REsp 453.782-RS, j. 15.10.2002, Min. Aldir Passarinho Jr.). No mesmo sentido: “Deve ser restituída em dobro a quantia cobrada a mais em razão de cláusulas contratuais nulas, constantes de contrato de financiamento para aquisição de veículo com garantia de alienação fiduciária” (STJ, REsp 328.338-MG, j. 15.04.2003, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Em sentido contrário: REsp 1177371/RJ, j. 20.11.2012, rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 30.11.2012.

Igual é a situação nos contratos de locação residencial, que, embora administrados por lei própria, são, inegavelmente, contratos de consumo (art. 7.º, *caput*). Em tais contratações, as imobiliárias, muitas vezes à revelia do próprio locador, cobram uma série de despesas indevidas. E uma vez que o fornecedor (locador) cobre do consumidor (locatário), por exemplo, *quantia ou valor além* do aluguel e *encargos permitidos*, aplica-se integralmente o art. 42, parágrafo único, do CDC. Isso além das contravenções penais previstas no art. 43 da Lei 8.245/1991.

40. Os juros e a correção monetária

Ao contrário do Código Civil, o art. 42, parágrafo único, prevê, expressamente, a atualização monetária do valor pago indevidamente (e da própria sanção). Também determina-se o pagamento de juros legais.

Claro está que, além da sanção propriamente dita, da restituição do que pagou indevidamente e dos juros legais, o consumidor – embora não dito expressamente no dispositivo – faz jus a perdas e danos, desde que comprovados. É, novamente, a regra geral do art. 6.º, VII.

41. O valor da sanção

A sanção nem sempre tomará por parâmetro o valor daquilo que foi pago, a não ser que este, por inteiro, seja indevido.

O mais comum, em tais casos, é o consumidor pagar, a um só tempo, algo que é devido acoplado a algo que não o é. Só sobre este último é calculado, então, o *quantum* da sanção (o seu dobro), bem como os juros legais e correção monetária.

QUADRO SINÓTICO

Prática abusiva → desconformidade com padrões mercadológicos de boa conduta

Relação de práticas abusivas (art. 39) → rol exemplificativo

PRÁTICAS ABUSIVAS (MOMENTO)	{	Produtivas
		Comerciais

PRÁTICAS ABUSIVAS (ASPECTO JURÍDICO-CONTRATUAL)	{	Pré-contratuais
		Contratuais
		Pós-contratuais

Necessidade e requisitos do orçamento → art. 40

Cobrança abusiva de dívida → art. 42, *caput*

PROIBIÇÕES ABSOLUTAS
(COBRANÇA DE DÍVIDA) { Ameaça
Coação
Emprego de afirmações falsas, incorretas, enganosas

PROIBIÇÕES RELATIVAS
(COBRANÇA DE DÍVIDA) { Exposição do consumidor ao ridículo
Interferência no trabalho, descanso ou lazer

Devolução em dobro → art. 42, parágrafo único

BIBLIOGRAFIA

BAUMANN, Denise. *Droit de la consommation*. Paris: Librairies Techniques, [s.d];
 BENJAMIN, Antonio Herman de V. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1985; CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CAS, Gerard; FERIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986; CRANSTON, Ross. *Consumers and the law*. London: Weindfeld & Nicolson, 1984; D'AVILA, Thomaz Marcello. A normalização técnica e o direito. *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990; ESPTEIN, David G.; NICKLES, Steve H. *Consumer law in a nutshell*. St. Paul: West Publishing, 1981; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 5; PEDROSO, L. A. Palhano. Normalização brasileira e a ABNT. *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, ABNT, 1990; STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990.
