

Código de Defesa do Consumidor – Cobrança de Consumo Mínima em Bares, Restaurantes e Similares. Proibição

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz da 13ª Vara da
Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Processo n. 247/053.05.004329-6

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-SP), pessoa jurídica de direito público criada pela Lei estadual n. 9.192/95, regulamentada pelos Decretos estaduais ns. 41.170/96 e 41.727/97 (...) por sua procuradora que esta subscreve, nos autos da ação civil pública que lhe move o Sindicato dos Bares, Restaurantes e Similares da Cidade de São Paulo (SindRestaurantes-SP), vem respeitosa-mente perante Vossa Excelência apresentar sua contestação, com fulcro nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

1. Dos fatos

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, o cidadão recebeu um novo diploma legal para coibir práticas comerciais abusivas e lesivas.

Entretanto, alguns setores comerciais insistem na prática de condutas ilegais, apesar das reclamações dos seus próprios consumidores, e somente diante da instauração de um procedimento administrativo sancionatório é que essas empresas se sentem compelidas a mudar de atitude.

Esse é o caso dos bares, restaurantes e similares que cobram um valor abusivo a título de “consumação mínima”, impingindo ao consumidor o pagamento pela aquisição de produtos e serviços, independente de seu efetivo consumo.

Legalmente, as casas noturnas e bares podem estipular um preço de entrada, mas não podem cobrar consumo mínimo. O consumidor só deve pagar por aquilo que efetivamente consumiu.

Não é de agora que a Fundação Procon-SP alerta que cobrar consumo mínima em bares,

danceterias, restaurantes e casas noturnas é abusivo e ilegal, pois nenhum fornecedor pode impor limites quantitativos de consumo aos seus clientes.

Conforme dispõe o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor:

“É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.”

E ainda como de forma idêntica estipula o Decreto n. 2.181/87 do Governo Federal:

“Artigo 12 - São consideradas práticas infrativas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

(...)

VI - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;”

E para coibir energeticamente essa prática comercial já vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, o Governo do Estado de São Paulo editou a Lei n. 11.886, de 1º de março de 2005, proibindo a cobrança de consumo mínima em bares, boates e casas noturnas no Estado, sendo que a penalidade pela prática do ilícito já está prevista no Código de Defesa do Consumidor e pode variar de 200 UFIR a 3 milhões de UFIR.

Mencionada Lei estadual não tipificou nova conduta e tampouco inovou na penalização. Apenas ilustrou quais os atos concretos que ferem o disposto da lei consumerista, pois essa já fixou multa para seus infratores.

2. Das alegações do autor

Em sua exordial, o autor elencou uma série de argumentos econômicos para levar a crer que essa prática abusiva já foi aceita como corrente e foi incorporada aos costumes comerciais do país.

Arrogou-se a legitimidade para representar todos os restaurantes e estabelecimentos similares, bem como todo o setor e seus empresários da cidade de São Paulo, para afrontar o “intervencionismo” da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor.

Atacou a edição da Lei n. 11.886/2005 como sendo inconstitucional por ferir o artigo 170, incisos II e IV da Lei Suprema, que consagram os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Utilizou a ação civil pública para defender interesses de uma classe de pessoas, quais sejam, seus sindicalizados, por conseguinte, pretendeu posicionar-se em favor de interesse “coletivo”.

Elegeu no pólo passivo o órgão da Administração pública criado para proteger os *direitos e interesses dos consumidores*.

Temos agora uma questão inusitada, pois foram invertidos os papéis e o consumidor, defendido pela Fundação Procon, passou a ser o réu!

O espetáculo tem como elenco interesses coletivos dos restaurantes, representados pelo sindicato, *versus* direitos difusos dos consumidores que utilizam os serviços dessa categoria, defendidos pela Fundação Procon. E ainda, como restará demonstrado, o autor subverteu o uso da ação civil pública, utilizando-a como ação direta de inconstitucionalidade.

3. Do direito

3.1 Da ilegitimidade para figurar no pólo ativo

O autor não tem legitimidade para defender interesse de terceiros, pois não lhe foi outorgada procuração específica para tal finalidade.

Omitiu requisito indispensável ao não comprovar documentalmente a autorização de todos os seus associados para ingressar com esta ação judicial,

visto que está defendendo interesses de uma categoria sindicalizada. Tampouco demonstrou a realização de assembléia extraordinária convocada para o fim de obtenção do consentimento dos mesmos. Portanto, o autor não tem legitimidade para representar em juízo as eventuais prerrogativas de seus membros.

Por essa razão, a ação deve ser extinta sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir e requisito essencial à constituição válida e regular do processo, nos termos do artigo 267 do Código de Processo Civil.

3.2 Do meio processual inadequado

O autor pretende obstar a ação da Fundação Procon, impedindo que sejam lavrados autos de infração com base na Lei n. 11.886/2005, por meio de decisão a ser proferida em ação civil pública.

Olvidou-se, entretanto, que a Fundação exerce atividade administrativa totalmente subsumida à lei e, por conseguinte, nos dizeres do mestre Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 7. ed., São Paulo: Malheiros), não tem disponibilidade sobre os interesses públicos que defende, mas apenas o dever de zelar pelo seu cumprimento, respeitando os princípios:

“a) da legalidade;

b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público;

c) da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração;

d) da publicidade;

e) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.”

Prossegue o ilustre professor:

“O interesse público não está à disposição da vontade do administrador; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Desta obrigatoriedade, procede o dever dos órgãos administrativos de desempenharem a atividade pública determinada em lei. A conduta omissiva por parte da

Administração Pública denotaria descumprimento de dever legal.”

Com efeito, a Fundação Procon só pode deixar de agir em decorrência de declaração de inconstitucionalidade da lei que lhe impõe tal dever, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor. As demais regras normativas são meramente repetitivas e correlatas ao Código.

A exata compreensão da pretensão do autor nos leva a concluir que, para impedir a Fundação de agir, ele deve obter primordialmente, e de imediato, a declaração de inconstitucionalidade de leis, e esse pleito não pode ser formulado em sede de ação civil pública, conforme veremos.

No âmbito do Poder Judiciário, surgem questionamentos acerca da possibilidade de alegação de inconstitucionalidade no bojo da ação civil pública.

Uma das argumentações mais frequentes é a de que, em face da eficácia *erga omnes* da ação civil pública, se estaria necessariamente visando à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal com eficácia *erga omnes* e, conseqüentemente, usurpando-se a competência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, IBDC/Celso Bastos, 1999, p. 356) assinala que:

“Tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.”

Ademais, a ação civil pública atua no plano dos fatos e litígios concretos, através, notadamente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental que lhe assegurem eficácia prático-material. A ação direta de inconstitucionalidade, de natureza meramente declaratória, limita-se a suspender a eficácia da lei ou ato normativo em tese.

Não se confundem, pois, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública.

Observa-se, com uma leitura perfunctória, que a finalidade da ação é obstar a atuação legal de um órgão público que defende os interesses dos cidadãos, obedecendo imposição constitucional inserta no artigo 5º, inciso XXXII: “O Estado, promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor.”

Ressalte-se que a ação civil pública não é a via processual adequada para discussão da lei em tese, na qual se pretende a decretação de sua inconstitucionalidade e a imposição de obrigação de “não fazer” à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor.

Brilhante estudo do mestre Arruda Alvim (A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 81), do qual destacamos os trechos a seguir transcritos, traz elucidativa conclusão a respeito dos limites da ação civil pública, em confronto com a ação direta de inconstitucionalidade. Vejamos:

“O que se percebe claramente é que, não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais textos legais, e o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas vir a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esse sobrepostos. Ou, se, linguisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão.

(...)

Se declarada a inconstitucionalidade, dessa forma, e, somando a isto ou tendo-se em vista os efeitos *erga omnes*, que a Lei n. 7.347/85 agrega às decisões com base nela proferidas, à luz do seu artigo 16 (Lei da Ação Civil Pública), é evidente que, transitada em julgado uma decisão, com tal conteúdo declaratório de inconstitucionalidade, isto levará a

inaplicabilidade, para o futuro de tais normas, dentro das jurisdições onde tais decisões hajam sido proferidas.

Ademais disto, revestida pela autoridade de coisa julgada *erga omnes* acarretaria que o próprio Supremo Tribunal Federal haveria de reconhecer a autoridade de uma tal decisão. (...)

Em caso de ações civis públicas propostas, diante de uma inicial 'confeccionada' em tais condições, não leva a que se possa, sequer, vislumbrar propriamente um litígio, senão que, real, ontológica e exclusivamente, a pretensão à declaração de inconstitucionalidade de determinados textos legais, porque havidos como inconstitucionais. Isto configura uma utilização distorcida da ação civil pública, o que já tem sido objeto de estudos, precisamente na linha do que aqui se sustenta, e, bem assim, a jurisprudência já se tem negativamente manifestado.

A ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347, de 24.07.1985, dispõe no seu artigo 16: 'A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.'

Na hipótese, tema deste trabalho, de arguir-se a inconstitucionalidade de lei federal, no bojo de ação civil pública, e, de esta arguição vir a ser dada com fundada, é certo que – somando-se a isto especificamente a virtude do efeito *erga omnes* do artigo 16 da Lei n. 7.347/85 – a norma havida por inconstitucional não mais poderá ser aplicada.

Há, em tal caso, um efeito idêntico àquele emergente da ação direta de inconstitucionalidade de lei, quando procedente e quando julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Os efeitos de uma sentença e a autoridade da coisa julgada, decorrente da procedência da ação civil pública, tendo em vista lei havida inconstitucional, na área da jurisdição do juiz ou do Tribunal local, poderá colidir formalmente com o que decida o

Supremo Tribunal Federal, mormente ao dar pela procedência de uma ação direta de constitucionalidade, da mesma lei.

Parece ser evidente que essa hipótese – de ação coletiva, sem uma definição histórica real de fatos, e, em que se pleiteie a inconstitucionalidade de lei – se insere na competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Por tudo que foi dito, afigura-se nos que inconstitucionalidade levantada em ação civil pública, como pretensão fundamento da pretensão, mas em que, real e efetivamente, o que se persiga seja a própria inconstitucionalidade, é arguição incompatível com essa ação – e, na verdade, com qualquer ação – por implicar usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.” (p. 132-134).

“A competência do Supremo Tribunal Federal (tal como prevista no art. 102, I, letra 'a', CF) para declarar a inconstitucionalidade de lei federal é exclusiva e nenhum outro órgão judicial do país a tem em identidade de condições.

Diferentemente e com âmbito restrito, é reconhecida a todo o Judiciário a possibilidade de 'pronunciamento declarativo de invalidade ou de ineficácia, restrito à espécie submetida a julgamento, o que decorre, de um lado, da noção de Constituição rígida e, de outro, da função do Judiciário de pronunciar o direito aplicável à espécie'.

Se o próprio Supremo Tribunal Federal houvesse decidido pela inconstitucionalidade, incidentalmente, não haveria necessariamente tal efeito de suspensão da eficácia das leis, ao passo que – paradoxal e absurdamente – nas ações coletivas, se um juiz de primeiro grau vier decidir pela procedência de uma tal ação, a ineficácia das leis que sejam, por esses havidas como inconstitucionais, resultariam suspensas em toda a área de sua jurisdição independentemente mesmo de qualquer providência ulterior, porque o efeito da coisa julgada da ação civil pública (art. 16, Lei n. 7.347/85) alberga inexoravelmente tal implicação. Ou, pior ainda, se o juiz viesse a entender ter jurisdição nacional – como já se

tem entendido – disto resultaria a suspensão em todo o território nacional.” (p. 127-128).

Ressalte-se que a ação civil pública também não alberga discussão de lei em tese, sem atrelamento a uma lide concreta.

No caso em voga, o autor pretende a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, bem como da Lei estadual n. 11.886/2005.

Ora, além de almejar a declaração de inconstitucionalidade através de sentença de efeitos *erga omnes*, o autor não estabeleceu os elos de um litígio concreto, sustentando tão-somente uma hipótese de aplicação injusta e lesiva da lei.

Como bem se vê, há um conflito interno e um contra-senso no pedido do autor, pois, sem estabelecer uma situação concreta de litígio, utilizou uma via processual para afastar a aplicação de uma lei complementar (Código de Defesa do Consumidor) e de uma Lei estadual, o que acarretaria o impedimento para atuação de *todos* os órgãos de defesa e proteção do consumidor instalados em todo o país.

Em brilhante decisão, o Ministro Moreira Alves observa lúcida e judiciosamente que:

“O controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite sem restrições a forma *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos na própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos poderes do Estado.” (STF - RE n. 91.740/RS, RTJ, v. 93, p. 461-462).

Outros dois ilustres autores, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (*Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994), observam igualmente que o controle concreto só pode ser feito tendo em vista um litígio, que não se confunde com a questão da inconstitucionalidade *abstratamente considerada*, dizendo:

“O controle concreto é feito em cada caso levado ao Poder Judiciário, tendo a

inconstitucionalidade da lei como causa de pedir, isto é, como fundamento do pedido, mas nunca o pedido em sentido estrito.”

Em consonância com o ensinamento supra mencionado, vêm à baila as lições do professor Alfredo Buzaid (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1998):

“No caso de declaração incidental de inconstitucionalidade, ou seja, qualquer outro Juízo poderá, sobre a questão de inconstitucionalidade, decidir diferentemente, o que é virtualmente impossível em face dos efeitos *erga omnes* e respectiva coisa julgada com essa dimensão subjetiva, tais com previstos no artigo 16 da Lei n. 7.347/85.”

Para espancar outro argumento que pode suscitar dúvidas, cabe salientar que a questão em foco envolve duas espécies de interesses: de um lado está o direito do consumidor, que é constitucionalmente assegurado, e que se caracteriza por pertencer a um número indeterminado de pessoas que podem freqüentar ou solicitar os serviços de bares e restaurantes (art. 81, parágrafo único, I do CDC). De outro lado, o interesse da classe dos proprietários desse tipo de estabelecimento, que são pessoas determináveis, já que devem ser filiados ao sindicato (art. 81, parágrafo único, II do CDC).

Ocorre que, uma vez apreciado o mérito da causa, estaremos diante que outro fator de surpresa: a sentença terá efeitos *erga omnes*, extensiva a todos os consumidores do país (o do CDC vale para todos) ou do Estado (o Dec. n. 2.181 e a Lei n. 11.886 são estaduais) ou *ultra partes*, restringindo-se aos sindicalizados (só da cidade de São Paulo)?

A situação mostra-se caótica desde a sua origem, pois, quer pela invasão de competência do Supremo Tribunal Federal ao conceder o efeito *erga omnes*, quer pela diferença de tratamento que acarretará, a declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais e do Código permitirá que apenas os estabelecimentos localizados nesta cidade tenham o injusto privilégio de poder cobrar a consumação mínima.

Dessa feita, fica demonstrada a impossibilidade de cabimento da ação civil pública para declarar

diretamente a inconstitucionalidade de leis e afastar sua aplicabilidade para todo o território nacional.

3.3 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

O autor manifesta inconformismo com a forma de atuação da Fundação Procon, aduzindo literalmente que “os fiscais do requerido Procon, procurando ser mais realistas do que o rei, saíram pelas ruas fechando os estabelecimentos que estivessem cobrando consumação mínima, mesmo ante o veto da previsão de punição, e à falta de regulamentação prometida pela autoridade. Como veremos, tais ações do requerido, a pretexto de defenderem o consumidor, configuram abusos cometidos contra direito líquido e certo dos associados do requerente. A lei acaba de entrar em vigor”.

Entretanto, o autor parece ignorar os mais comecinhos princípios e regras revelados pelo Código de Defesa do Consumidor e ainda que cabe à Fundação Procon o seu mero cumprimento, pois sua omissão resultaria em crime de responsabilidade.

O fornecedor também está sujeito ao cumprimento da lei, sendo certo que esta, muitas vezes, limita sua atividade e iniciativa, com o intuito de controlar o mercado e harmonizar as relações de consumo. O governo pode estabelecer políticas públicas e criar mecanismos de implantação das mesmas. É o que vem estampado nos artigos a seguir transcritos:

“Artigo 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor;

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a

necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

(...)

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;”

Para melhor compreensão do autor, podemos decifrar o conteúdo os enunciados do Código, especialmente seus princípios. Vejamos:

a) Princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º): este princípio atua como elemento informador da Política Nacional de Relações de Consumo e sustenta todos os demais princípios do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade é qualidade intrínseca ao conceito de consumidor estampado na lei, independentemente de sua condição social, cultural ou econômica.

b) Princípio do dever governamental (art. 4º, II, VI e VII): este princípio se apresenta em duas vertentes. A primeira consiste na responsabilidade atribuída ao Estado, enquanto ente máximo organizador da sociedade (inserido aí o poder de polícia), em prover o consumidor dos mecanismos suficientes que propiciem efetiva proteção ao mesmo, seja por iniciativa direta do Estado (art. 4º, II, “a” e “c”, VI – coibição e repressão oficial de abusos), seja através do impulso e amparo oficial a ser dado a entidades representativas dos consumidores (art. 4º, II, “b”) ou até mesmo de fornecedores, das mais diversas faixas e interesses nas relações de consumo. A segunda vertente sob a qual deve ser focado este princípio reside no dever próprio do Estado de promover incessantemente a “racionalização e melhoria dos serviços públicos” (art. 4º, VIII), já aqui surgindo o

Estado-fornecedor e sua responsabilidade como tal.

Passemos agora aos dispositivos que desautorizam a cobrança da consumação mínima:

“Artigo 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.”

Por primeiro, cumpre observar que o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor explicita claramente que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços condicionar o fornecimento de um produto ou de serviço ao de outro, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

A primeira parte desse dispositivo proíbe a chamada “venda casada”, sob o manto da qual repousa, inexoravelmente, a limitação do fornecimento do produto através da consumação mínima. A prática, portanto, redundando em conduta totalmente ilícita e abusiva, nos exatos termos do artigo 39 (inc. I, 1ª parte).

Nenhum fornecedor pode condicionar a venda de um produto à aquisição de outro; no caso fluente, nenhum estabelecimento comercial pode condicionar a entrada de um consumidor em seu recinto ao pagamento de certa quantia mínima, determinando-lhe previamente quanto tem de gastar. O que se permite é a cobrança fixa de ingresso de entrada, ou qualquer valor sob rubrica semelhante.

Em se tratando de limites quantitativos, a proibição não é absoluta, admitindo-se tal prática desde que haja “justa causa” para sua imposição; entretanto, no caso em questão, não existe nenhuma norma amparando tal cobrança, sendo considerada, além de abusiva, também imoral, pelo fato de coagir psicologicamente o consumidor a exaurir sua cota, especialmente no caso de bebidas, o que pode

motivá-lo à ingestão excessiva de bebida e induzi-lo a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança.

O que se considera como prática abusiva por parte do fornecedor é a cobrança de quantia estipulada a título de consumação mínima, sem oferecer alternativa ao cliente. Não há óbice para a cobrança somente do valor do ingresso para a entrada no estabelecimento, pois o que o Código de Defesa do Consumidor protege é o direito de escolha, não sendo lícito impingir ao consumidor que frequenta esses lugares uma quantidade mínima a ser consumida, condicionada à sua entrada e permanência.

Afora a abusividade da limitação do fornecimento do produto, tisanando-a de ilegal pela venda casada, a parte final do inciso I do artigo 39, *de per si*, veda a imposição de limites ao consumo do cliente. Não se pode condicionar a compra a mais nem a menos, sob pena de afronta à liberdade de contratação e à autonomia da vontade. O cliente, nesse tocante, tem direito de consumir apenas alguma ínfima parcela dos produtos vendidos pelo fornecedor e, em consequência, de pagar só aquilo que consumir. Se a consumação mínima for apresentada para pagamento, incluída na nota de débito, o consumidor tem todo o direito de se recusar ao pagamento.

Portanto, o fornecedor que efetua esse tipo de cobrança em seu estabelecimento pratica infração descrita no Código de Defesa do Consumidor e também no Decreto n. 2.181, de 20.03.1997, podendo ser multado em uma quantia que varia de R\$ 213,00 (duzentos e treze reais) a R\$ 3.184.000,00 (três milhões e cento e oitenta e quatro mil reais).

Outro aspecto também merece especial relevo: a consumação mínima fomenta o enriquecimento ilícito do estabelecimento comercial, por permitir-lhe promover a cobrança de produto ou serviço não consumido pelo cliente. Se o consumidor simplesmente entra no estabelecimento para conversar com amigos, sem nada ingerir, tem que pagar! Não há qualquer contraprestação, apenas uma das partes está sofrendo desfalque patrimonial: o consumidor. O fornecedor nada vende, nada fornece, mas ainda assim está sendo remunerado. Absurda a proposição!

Abordemos ainda o artigo 51, que trata de cláusulas abusivas, enumerando algumas possibilidades:

“Artigo 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade;

(...)

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

(...)

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.”

É importante frisar que o Código de Defesa do Consumidor é um diploma legal que trabalha com normas abertas, aceitando perfeitamente qualquer interpretação que venha a proteger o consumidor, considerando sobretudo a evolução decorrente de usos e costumes comerciais.

Logo, mesmo sem navegar profundamente pelas veredas protecionistas do Código de Defesa do Consumidor, facilmente se conclui pela impossibilidade jurídica dos estabelecimentos comerciais continuarem promovendo a cobrança da malfadada “consumação mínima”, posto abusiva e de nenhum efeito. Eventual montante pago pelo consumidor a tal título, outorga-lhe o direito à repetição em dobro do que desembolsou, corrigido monetariamente e acrescido dos juros legais.

Corroborar com esse entendimento a lição cristalina dos mestres Arruda Alvim e Tereza Arruda Alvim, (*Código do Consumidor comentado*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 216 e ss.):

“Artigo 39, I - este artigo estabelece diversas condutas proibidas ao fornecedor de produtos e serviços.

O inciso I proíbe que se condicione o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos. Ou seja, veda que se imponha

a venda de um produto ‘A’, se e somente se for adquirido também o produto ‘B’. Proíbe também que se venda quantidade mínima de determinado produto, sem que haja justa causa para tanto. São vedações coerentes com o disposto no inciso II, do artigo 6º, deste Código, que estatui ser um dos direitos básicos do consumidor a liberdade de escolha nas contratações. (...) é de se concluir que o fornecimento de ‘pacotes’ de opcionais nos automóveis não é permitido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, ao consumidor deverá ser dado o direito de escolher se deseja, v.g. comprar um automóvel com pneus mais largos, mas sem rádio.

Afigura-se-nos bastante importante frisar esse entendimento, porque se trata de procedimento lamentavelmente bastante difundido, e hoje, ante os termos do inciso I do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, é expressamente vedado. A assim chamada venda casada é, pois, expressamente vedada por este Código.

Tais comportamentos configuram crime, apenado com pena de detenção de 2 a 5 anos ou multa, segundo o artigo 5º, II e III, respectivamente, da Lei n. 8.137/90, prescritos ainda como infração à ordem econômica, a ser apurada administrativamente pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, consoante o artigo 3º, VIII, da Lei n. 8.158/91.”

3.4 Da aplicação do Decreto n. 2.181/97

Repetindo quase as mesmas palavras do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 12 do citado decreto federal não abre margem a dúvidas, sendo despidendo repetir os mesmos argumentos.

Mas a abundância de legislação só vem reforçar a idéia de proteção do consumidor, que é sempre a parte mais vulnerável e submissa da relação de consumo.

3.5 Da aplicação da Lei n. 11.886/2005

Dentro dos limites de sua competência, o Estado de São Paulo editou a lei supra mencionada, que se identifica plenamente com as diretrizes e princípios

do Código de Defesa do Consumidor. Referida norma explicita quais condutas são vedadas, inclusive as que são simuladas na forma de brindes e ofertas. Vejamos o que reza a Lei n. 11.886, de 01.03.2005:

“Artigo 1º - Fica proibida a cobrança da consumação mínima nos bares, boates e congêneres em todo o Estado.

Parágrafo único - A proibição do *caput* estende-se a todo e qualquer subterfúgio (oferecimento de *drinks*, vales de toda espécie, brindes, etc.) utilizado pelas casas noturnas para, mesmo disfarçadamente, efetuar a cobrança citada.

Artigo 2º - Vetado.

Artigo 3º - Vetado.

Artigo 4º - Caberá aos órgãos competentes do Estado, definidos como tais na legislação vigente, a expedição das demais normas complementares para o cumprimento desta lei.

Artigo 5º - O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Artigo 6º - As eventuais despesas resultantes desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias do Estado e suplementadas, se necessário.

Artigo 7º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Como se depreende do texto legal, a Lei não fixa penalidade como sanção de ato ilícito.

Alega o autor que a omissão de penalidade sugere que não há pretensão punitiva a ser executada, e a lei seria mero indicativo de conduta do fornecedor. Todavia, essa argumentação não condiz com a verdade, pois o veto governamental apenas demonstrou que a conduta já está tipificada no Código de Defesa do Consumidor e este prevê sua punição, sendo desnecessário explicitar em lei o que não necessita de maiores esclarecimentos.

Outra dúvida emergiu quanto aos artigos 4º e 5º, que se referem à fiscalização, e que a lei será regulamentada em 90 dias. Tais dispositivos dizem

respeito apenas ao caráter burocrático da fiscalização e aplicação das multas a serem aplicadas, mas não subtraem da lei seu caráter auto-executório.

Primeiro, pela clareza do dispositivo, que não necessita de complementação nem de interpretação. Não é norma aberta em sentido estrito. Segundo, porque a lei entra em vigor na data de sua publicação, sem maiores formalidades ou requisitos, pois todo seu fundamento se encontra no Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, o inconformismo da autora não tem nenhum fundamento legal, sequer a alegada violação dos artigos 170, *caput* e inciso II, que abordam os princípios da livre iniciativa para evitar o intervencionismo radical no setor privado. Ora, a autora tem toda a liberdade para realizar sua atividade fim, desenvolver o seu negócio e obter seus lucros, desde que não viole outros dispositivos também constitucionais, que protegem os direitos dos consumidores, assegurados primordialmente pelo Código Consumerista e legislação infraconstitucional.

Não se pode defender o lucro com a exploração alheia, excedendo as raias da lei!

4. Do pedido

Face ao exposto, restou cabalmente demonstrada a legalidade da atuação da Fundação Procon, que agiu somente para cumprir dever imposto em lei complementar e lei estadual, ambas editadas em plena conformidade com a Constituição Federal.

Destarte, impõe-se seja julgada totalmente *improcedente* a presente ação civil pública, que foi indevidamente utilizada para defender interesses particulares de fornecedores em detrimento do interesse público e dos consumidores, e inverteu toda a sistemática jurídica concebida para defender os direitos dos cidadãos frente à ganância lucrativa dos fornecedores.

Requer ainda a condenação da autora em honorários advocatícios e nas custas processuais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente a documental.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 13 de junho de 2005

JUSSARA MARIA ROSIN DELPHINO
Procuradora do Estado

Processo n. 583.53.2005.004329-5

Vistos.

O Sindicato dos Bares, Restaurantes e Similares da Cidade de São Paulo – SindRestaurantes-SP, qualificado e representado nos autos, ajuizou a presente ação civil pública, com pedido de medida liminar, em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (Procon).

Pretende obter a condenação do pólo passivo no dever de se abster de fechar ou autuar os estabelecimentos associados ao Sindicato, pela prática de consumação mínima, bem como para afastar a proibição da prática da oferta de drinques, flores, e outros produtos.

Para tanto, a inicial direciona o enfoque de sua pretensão para a Lei estadual n. 11.886/2005, que inibiu a prática da denominada “consumação mínima” pelos bares e restaurantes de São Paulo. Com arrimo nesta Lei, órgãos estaduais fecharam diversos estabelecimentos comerciais.

Após traçar considerações acerca da legitimidade ativa bem como da via processual eleita, a petição inicial confere especial ênfase ao fato de que a Lei n. 11.886/2005 não permite a imposição de penalidades, ante o posicionamento adotado pelo Senhor Governador. Mesmo assim, fiscais do Procon providenciaram o fechamento de alguns estabelecimentos porque estavam cobrando a consumação mínima.

A tese inicial sustenta que a Constituição Federal confere garantias aos estabelecimentos comerciais que estão sendo violadas pelos fiscais do Procon. Mais precisamente, a questão atrelada ao direito

adquirido, função social das empresas, livre concorrência, liberdade econômica, ampla defesa, dentre outros.

Nesta linha, legislação estadual não poderia violar disposição constitucional expressa. E, da mesma forma, não pode versar sobre questão civil e comercial. Nesta trilha, a lei em questão é inconstitucional.

O autor, ainda, afirma que a lei em análise expressa ilegal intervenção do Estado na atividade econômica.

Quanto à questão da consumação mínima, propriamente dita, afirma o autor que sua proibição em nada favorece o consumidor considerando ser, apenas, um pequeno número de estabelecimentos que o pratica.

Ademais, os fechamentos estão sendo realizados sem qualquer cautela quanto à obrigatoriedade ao respeito da ampla defesa e contraditório.

Prossegue no sentido de que a Lei não apresenta qualquer razoabilidade e proporcionalidade.

Questiona a legalidade da proibição de os estabelecimentos oferecerem drinques a seus clientes ou mesmo qualquer brinde.

O direito adquirido, por seu turno, viu-se afrontado pelo fato de que a lei entrou em vigor quando os estabelecimentos já mantinham em sua rotina os procedimentos tidos por irregulares.

E essa alteração repentina poderá representar perigo à continuidade da vida econômica do próprio estabelecimento.

A petição inicial veio acompanhada pelos documentos de fls. A antecipação da tutela restou indeferida a fls. Nos termos de fls., o Ministério Público manifestou não possuir interesse em intervir no feito.

Em defesa ofertada na modalidade de contestação, a ré suscitou a preliminar de ilegitimidade ativa por ausência de procuração específica para a defesa de interesses de terceiros.

Refutou a adequação da via processual eleita.

Quanto ao mérito propriamente dito, o pólo passivo sustentou a legalidade da legislação rebatida pelo autor. Mais precisamente, com amparo no disposto pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a proibição de práticas comerciais abusivas e lesivas. Afirmou, assim, que o consumidor só deve pagar por aquilo que efetivamente consumiu e não ficar atrelado ao valor da consumação mínima que lhe é imposto pelo estabelecimento.

Apontou para o disposto pelo artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, bem como para o artigo 12 do Decreto n. 2.181/87 do Governo Federal, além da Lei estadual n. 11.886/2005, que proíbe a cobrança da consumação mínima em bares, boates e casas noturnas. Negou a admissibilidade do uso da ação civil pública para questionar a constitucionalidade de determinado diploma legal.

Houve réplica.

É o relatório.

Decido.

Cuida-se de ação civil pública promovida pelo Sindicato dos Bares e Restaurantes e Similares da Cidade de São Paulo (SindRestaurantes) em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da qual objetiva-se compelir o pólo passivo a abster-se do cumprimento das penalidades estabelecidas pela Lei n. 11.886/2005, no que tange à prática da denominada cobrança da “consumação mínima” pelos seus associados.

O processo comporta julgamento nos termos estabelecidos pelo artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil, porquanto o cerne do litígio é de direito e os elementos necessários ao seu julgamento encontram-se carreados aos autos. Sem êxito as preliminares suscitadas.

De plano, registro identificar a legitimidade ativa questionada pela defesa. A própria Constituição Federal, no inciso XXI de seu artigo 5º, bem como no artigo 8º, III, estabelece a legitimidade de os sindicatos atuarem em juízo, em defesa dos direitos individuais de seus associados e integrantes da categoria. Para esse sentido, inclusive, pronunciou-se Barbosa Moreira (*Revista de Processo*, 61/191).

Por outro lado, por meio desta ação civil pública busca-se a inaplicabilidade da Lei n. 11.886/2005 aos que integram o sindicato autor, no que tange às penalidades impostas decorrentes da violação à norma estabelecida quanto à prática denominada “consumação mínima”. Não consiste na mera declaração de inconstitucionalidade de determinada lei. O que significa dizer que a via processual eleita foi adequada aos fins colimados.

As demais questões mesclam-se com o mérito e com ele serão analisadas. Sem êxito o pedido inicial.

Opõe-se o sindicato autor às penalidades que vêm sendo impostas por fiscais do Procon, aos bares, restaurantes e similares da cidade de São Paulo. E, no caso específico dos autos, aos estabelecimentos ligados ao sindicato autor.

Na concepção do legislador, impor ao consumidor a obrigação de pagar um valor a título de “consumação mínima”, valor esse correspondente à aquisição de determinada quantidade de produtos e serviços, independentemente de seu efetivo consumo, caracteriza-se como medida abusiva. Nos termos bem expressos pela defesa a título de preço ao estabelecimento.

No entanto, como resultado do clamor de inúmeras reclamações formalizadas por consumidores perante o Procon, o mesmo Poder Público procurou inibir a imposição, ao consumidor, do pagamento de determinada quantia independentemente do seu consumo. E assim editou a Lei paulista n. 11.886, de 1º de março de 2005.

O diploma legal questionado na inicial em nada afronta o ordenamento jurídico vigente. Referido diploma legal encontra respaldo no disposto pelo artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal que assim prescreve: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Tal dispositivo constitucional foi elevado não apenas à condição de garantia ou direito individual e coletivo mas, igualmente, à condição de princípio da ordem econômica – como se extrai do artigo 170, inciso V, da mesma Lei Maior.

A promoção da defesa do consumidor adquiriu *status* constitucional. Mas essa regra é de eficácia

limitada, já que sua aplicabilidade ficou condicionada a uma lei ordinária que, no entanto, já foi promulgada – que é o Código de Defesa do Consumidor, estabelecido pela Lei n. 8.078/90.

Cediço que toda a defesa do consumidor que vem sendo elevada, desde a Constituição Federal, à legislação infraconstitucional, busca, em verdade, atender aos ditames da justiça social. Ou seja, assegurar a todos existência digna, equacionando as desigualdades.

Neste cenário ainda, a Constituição Federal consagrou diversas garantias e relevantes princípios norteadores da ordem econômica, com olhos, inclusive, a limitar a própria interferência do Poder Público. Dentre eles, a liberdade de iniciativa econômica, a soberania nacional econômica, o princípio da propriedade privada e o da livre concorrência.

E é dentro desses princípios que a tese inicial busca abrigo. No entanto, é na defesa ao consumidor que a Lei n. 11.886/2005 encontra respaldo, inclusive no princípio da função social da empresa e do condicionamento à livre iniciativa. A esse respeito, pronunciou-se o Professor José Afonso da Silva (*Comentário contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 712-713):

“Já estudamos a função social da propriedade, quando examinamos o conteúdo do disposto no artigo 5º, XXIII, segundo o qual ‘a propriedade atenderá a sua função social’. Isso aplicado à propriedade em geral, significa estender-se a todo e qualquer tipo de propriedade. O artigo 170, inciso III, ao ter a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica, reforça essa tese. Mas a principal importância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social. Correlacionando essa compreensão com a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), a defesa do consumidor (art. 170, inc. V), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, inc. VII) e a busca do pleno emprego (art. 170, VIII), tem-se configurada sua direta implicação com a propriedade dos bens

de produção, especialmente imputada à empresa, pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial. Disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico.”

Fábio Konder Comparato, por sua vez, afirma que “o poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade” (O poder de controle na sociedade anônima, p. 419, apud José Afonso da Silva, *ob. cit.*).

E é essa a inteligência que esse mesmo jurista confere ao princípio constante do artigo 160, III da Constituição Federal revogada, igual ao disposto pelo artigo 170, inciso III da Constituição Federal de 1988. Do que se conclui que a iniciativa privada está condicionada no sistema da Constituição econômica brasileira.

A esse respeito, ainda, pronuncia-se José Afonso da Silva (*ob. cit.*, p. 713):

“Se ela se implementa na atuação empresarial e ela se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do *princípio da necessidade*, que informa a participação do Estado na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do Poder Público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe.”

Do que se conclui que a livre concorrência e as demais consequências geradas pelo poderio econômico frente ao mercado de consumo não pode ser exercido de maneira anti-social, sob pena de o Estado intervir para coibir o abuso.

Nesse cenário, o Poder Público edita políticas públicas e cria mecanismos para sua implantação.

E é aqui que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, incisos I e V, bem atua ao proibir ao fornecedor de produtos ou serviços que condicione o fornecimento de um produto ou de serviço ao de outro, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

O fornecedor, assim, não pode condicionar a entrada de seu consumidor ao estabelecimento comercial ao pagamento de certa quantia mínima, já voltada à aquisição de outro produto.

Impor ao consumidor, de antemão, quanto terá que gastar como condição de ingresso ao estabelecimento traduz-se em supremacia do poderio econômico do próprio fornecedor.

Poder-se-ia argumentar no sentido de que aos estabelecimentos é dado elevar o preço de entrada sem oferecer ao consumidor qualquer “benefício” – este traduzido nos produtos que seriam adquiridos e consumidos caso mantida a prática da consumação mínima.

No entanto, ao consumidor seria conferida a insegurança das informações não uniformes inerentes aos seus fornecedores em potencial (informações essas relacionadas à incógnita de saber quem pratica, ou não, a consumação mínima).

E mais. A manutenção da consumação mínima significa impor, ao consumidor, o pagamento prévio por produtos cujo preço ainda lhe é desconhecido.

Uma vez não identificada qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade nas autuações levadas a

termo pelos fiscais do Procon, importa registrar não competir ao Judiciário analisar os critérios da conveniência e oportunidade que ampararam a edição da lei em análise.

Por fim, a leitura cautelosa da Lei n. 11.886/2005 indica que a mesma não fixa qualquer penalidade como sanção. Quem o faz é o próprio Código de Defesa do Consumidor.

A improcedência do pedido inicial lança por terra a possibilidade da prática da denominada “consumação mínima” – o que não se traduz na vedação da cobrança de preço a título de entrada.

Feitas essas considerações e por tudo o mais que dos autos, *julgo extinto o processo, com resolução do mérito*, para rejeitar o pedido deduzido pelo Sindicato dos Bares, Restaurantes e Similares da Cidade de São Paulo (SindRestaurantes) em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Incabível condenação em custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Livre do reexame necessário.

P.R.I.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2007

MARIA GABRIELLA P.
SPAOLONZI SACCHI
Juíza de Direito