

ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

COMISSÃO ESPECIAL DO SENADO FEDERAL

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO¹

“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte” (RICHELIEU, 1585-1642, in Memórias)

“A lei tem duas, e só duas bases: a equidade e a utilidade” (BURKE, 1729-1797, in Discurso de Bristol)

1. Introdução

As considerações a seguir são decorrentes de reunião cognominada de *audiência técnica* proposta e conduzida por comissão especial de juristas designada pela presidência do Senado Federal² em 2 de setembro de 2011, nas dependências da AASP - Associação dos Advogados de São Paulo, e à qual comparecemos a convite de seu presidente, Dr. Arystóbulo Freitas, e do presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, Dr. Eduardo Tavorieri.

Os trabalhos da referida comissão resultaram em 3 (três) anteprojetos de lei, os quais consistem em ANEXOS a estas considerações (“A” - *Superendividamento*, “B” - *Comércio Eletrônico*, e “C” - *Tutela Coletiva*).

A sessão em pauta foi co-presidida pelo ministro Hermen Benjamin, do STJ, e pelo Presidente da AASP, Dr. Arystóbulo Freitas, reservando-nos, por razões de ordem lógica e de argumentações, a sistemática de nos referirmos a manifestações exaradas quando de cada apreciação de nossa parte.

2. Posicionamento *a priori*

Durante o transcorrer do ano de 2010, em que se comemoraram os 20 (vinte) anos de sanção do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, nos quase 30 (trinta) simpósios de que participamos, ora como palestrante, ora como debatedor, deixamos claro nossa posição no sentido de que o mesmo código não estaria a demandar qualquer tipo de alteração, ainda que a título de *melhorá-lo* ou *atualizá-lo*. Aliás, tal posicionamento já ficara claro em artigo de nossa autoria, publicado na

¹ Advogado, consultor jurídico, membro da Academia Paulista de Direito, e professor especialista, por notório saber, pela Faculdade de Direito da U.S.P. em Direito do Consumidor, foi Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, primeiro Promotor de Justiça do Consumidor do país (1983), instituidor das Promotorias de Justiça do Consumidor, do seu Centro de Apoio Operacional, e vice-presidente da comissão de elaboração do anteprojeto original de Código de Defesa do Consumidor.

²² Composta pelo ministro do STJ Hermen Benjamin, seu presidente, professora Ada Pellegrini Grinover, Roberto Castellanos Pfeiffer, presentes do evento, bem como pela professora Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa.

revista da Associação dos Advogados de São Paulo³, em comemoração aos 15 anos do CDC, ocasião em que essas questões já eram ventiladas.

Côncio das limitações destas apreciações, até por razões de ordem pragmática e de clareza, informamos que a primeira versão de nossa apreciação, antes mesmo da designação da referida comissão de juristas revisora do CDC, foi elaborada em maio de 2010, e encaminhada sob forma de artigo a respeito de eventuais alterações, ao BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, para ser publicada, comentada e criticada no seu *site*, o que não ocorreu até o presente momento, nem tendo seus dirigentes sequer a cortesia de informar o porquê da não publicação.

Para aqueles que pretendam tomar conhecimento do respectivo texto na íntegra, certamente mais alentado e aperfeiçoado posteriormente, indicamos o *site* www.cognitiojuris.com (vide resumo abaixo)⁴, bem como a revista *Justitia*,

³ “*Perspectivas de Modificações nas Relações de Consumo no Brasil: alteração legislativa – avanços ou retrocessos*”, Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXVI, Nº 89, de 2006, p. 58-66.

⁴ ATUALIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL - RESUMO: Aos problemas atualmente diagnosticados e enfrentados pelos agentes de proteção e defesa do consumidor (superendividamento, alimentos transgênicos, comércio por meio eletrônico, consumo sustentável), há ainda o enfrentamento dos que já haviam sido previstos há mais de 20 anos (planos de saúde, contratos bancários, informatização, cartões de crédito, telefonia celular e fixa, serviços públicos, alimentos). Apesar disso, contudo, o CDC-Código de Defesa do Consumidor, continua tão atual quanto há 20 anos atrás, porquanto aqui se cuida, basicamente, de uma lei principiológica, inter e multidisciplinar; recentes modificações foram meramente cosméticas e inócuas, não estando a demandar, portanto, qualquer modificação. Não obstante a atualidade de nossa lei especial, tem havido tentativas no sentido de “atualizá-lo”. Com esse intuito institui-se comissão para tanto no âmbito do Senado Federal. Assim, por exemplo, o superendividamento, conquanto seja uma questão relevante, não está a ensejar a edição de uma lei específica; até porque o próprio CDC já prevê questões que envolvem a oferta e a publicidade, aí incluída, obviamente, a de crédito, salvaguardas contratuais (em face de práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas), bem como mecanismos de tutela (revisão contratual e declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas); além disso há, no Código de Processo Civil, procedimento próprio para a declaração de insolvência, que traz instrumentos adequados, inclusive, para a conciliação entre credores e o devedor insolvente; o que falta é vontade político-judiciária no sentido de preparar magistrados, defensores públicos, membros do Ministério Público, advogados e outros operadores do Direito, no sentido de procederem a atividades de conciliação, sobretudo nos juizados especiais de pequenas causas; há, por fim, instrumentos judiciais de adequação de cobranças abusivas previstas em medida provisória, que modificou preceitos da antiga lei de crimes contra a economia popular. O comércio eletrônico --- na verdade comércio por meio eletrônico --- é apenas uma maneira diversa de contratação e, embora possa merecer uma disciplina específica, designadamente no que diz respeito a formas seguras de manifestação de vontade dos contratantes, sua assinatura eletrônica, não é diferente de outros meios de contratação; até porque se enquadra perfeitamente em contratação feita fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Com relação aos PROCON’s, cujas atribuições se visaria reforçar, compete-lhes a orientação dos consumidores quanto aos seus direitos, os diversos produtos e serviços colocados no mercado, e ao atendimento de suas reclamações; com o CDC passaram a ter também legitimação para a propositura de ações coletivas; cabe aos PROCON’s, ainda, a tarefa de polícia administrativa das relações de consumo, nos termos do decreto federal nº 2.181/1997. Em complementação ao aspecto anterior, entretanto, é de se ponderar que, em decorrência de uma falta de coordenação e distribuição de atribuições entre os diversos órgãos de defesa do consumidor bem como dos ministérios públicos, têm havido não raramente superposições dessas atribuições, como na instauração de procedimentos fiscais, inquéritos civis e ações coletivas, do que resultam não apenas desgastes e prejuízos injustos aos investigados e réus, como também decréscimo de credibilidade dos órgãos fiscalizadores, investigadores e autores de ações coletivas. É de todo desejável, por conseguinte,

publicação conjunta da Associação Paulista do Ministério Público e da Procuradoria Geral de Justiça, nº 199, além de obra coletiva sobre os 20 Anos do CDC, ainda no prelo e preparada pelos jovens advogados integrantes do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo.

Nossa contrariedade a qualquer alteração no CDC pode ser assim sumariada:

a) o Código de Defesa do Consumidor, embora concebido há mais de vinte anos, continua tão atual quanto àquela época;

b) cuida-se, com efeito, de uma lei de cunho principiológico⁵, de caráter multi e interdisciplinar, na medida em que se relaciona com todos os ramos do direito, e, ao mesmo tempo, contempla em seu bojo institutos que caberiam, como de resto couberam, em outros diplomas legais como, por exemplo, a responsabilidade civil objetiva, hoje constante, também, do Código Civil, no parágrafo único do art. 927, o princípio de boa-fé objetiva, bem como a interpretação mais favorável a um dos contratantes nos contratos de adesão (arts. 113, 421 e 422 do Código Civil, *e.g.*);

c) sua maior e melhor implementação depende, isto sim, da atuação mais incisiva, porém, mas ponderada, dos órgãos públicos e das entidades não governamentais de proteção e defesa do consumidor, bem como, e principalmente, dos operadores do direito, com especial ênfase dos órgãos do poder judiciário, não ainda, em grande parte, aptos e preparados para cuidarem dos direitos e interesses abrangidos pelo referido código;

que haja uma melhor coordenação e troca de informações entre os referidos órgãos e instituições, para que se racionalizem melhor seus recursos e esforços em prol do consumidor; insta igualmente haver a fixação de prioridades como no caso dos chamados planos de atuação anuais dos Ministérios Públicos; sugere-se a análise de questões que envolvem relações de consumo relativamente aos macrotemas como: a) saúde; b) segurança; c) quantidade; d) qualidade; e) oferta e publicidade; f) práticas abusivas; g) cláusulas contratuais abusivas. E nesse sentido, deve-se restabelecer o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, como órgão consultivo e deliberativo, e que venha a coordenar as atividades de todos os entes, órgãos e instituições envolvidos com essa temática de proteção e defesa do consumidor. As agências reguladoras, instituídas para disciplinar as atividades das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais, inclusive no que toca aos respectivos contratos, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões, devem, contudo, ter mais atenção a um dever básico e constitucional, qual seja, garantir o direito dos usuários (*i.e.*, consumidores), inclusive no que toca à modicidade das tarifas e à qualidade e adequação dos serviços prestados; entretanto, conforme pesquisas realizadas pelos órgãos específicos de defesa e proteção ao consumidor, têm deixado muito a desejar nesse segundo mister. Enfim: o propósito fundamental deste artigo é demonstrar o que é o CDC e que não há qualquer razão para sua modificação --- as questões aqui tratadas poderão sê-lo a latere do CDC que deverá conviver, como de resto tem convivido, com as demais normas do nosso ordenamento jurídico.

⁵ Terminologia cunhada por nós e utilizada, aliás, ao contrário do aduzido pelo ministro Benjamin, que a atribuiu equivocadamente no evento ao Prof. Nelson Nery Jr., e isto desde sempre, mas mais particularmente em simpósio realizado em agosto de 2010 no Ministério da Justiça, exatamente sobre os vinte anos do Código do Consumidor e, posteriormente, em outro simpósio na Faculdade de Direito da U.S.P.

d) se a *internet*, por exemplo, não fora antevista à época da concepção do Código (1988-89), referido instrumento, embora certamente tenha surpreendentes peculiaridades, no âmbito das relações de consumo, não passa de um meio a mais, eletrônico, tanto de veiculação eletrônica de ofertas e mensagens publicitárias, quanto de negociação e contratação; entretanto, o art. 49 do CDC já contempla a hipótese de negociação dita *virtual*, quando feita fora do estabelecimento comercial do fornecedor de produto ou serviço, resguardando o consumidor, inclusive, com o direito de desistência da compra assim efetuada; entretanto, o chamado *marco regulatório* dos múltiplos processos e aplicações de informática não se resume, apenas, à oferta, publicidade e contratos firmados entre consumidores e fornecedores, mas vai muito além, no que tange a negócios entre fornecedores, crimes cibernéticos, chaves públicas e privadas, por exemplo, meandros das comunicações, concessões, permissões etc. E fica a indagação: é oportuno e conveniente a regulação parcial numa lei de defesa do consumidor?

e) por outro lado, e não menos importante: sabendo-se que neste país, embora bafejado pelo processo legislativo democrático, há mais de 26 anos, até esta parte, os interesses e *lobbies* são dos mais variados matizes, nem sempre condizentes com os anseios consumeristas, não se verão tentados, por intermédio de congressistas, a se aproveitarem da ocasião e subtraírem conquistas tão dura e custosamente conseguidas? Vide o caso, por exemplo, do Código Florestal que, no enfoque dos ecologistas, estará a implicar em perigoso retrocesso ao vigente, ainda que concebido na década de 60 do século passado.

Dentro ainda dessa última perspectiva, ponderamos que, sabendo-se que há em tramitação no Congresso Nacional mais de cinco centenas de projetos de lei modificando aqui e ali o Código de Defesa do Consumidor, aos quais se juntarão as propostas ora analisadas, sem se falar do projeto de Código de Processo Coletivo e estudos visando a incluir novos livros no Código Penal quanto à sua parte especial definidora de delitos e penas, tudo aliado à circunstância de que o próprio Código Civil, em matéria de responsabilidade civil e tutela contratual, iguala todos os sujeitos de direito, antevemos a pura e simples extinção do Código de Defesa do Consumidor.

Sim, até porque, se suas pedras angulares são a vulnerabilidade de uma das partes das relações de consumo, encimadas pelo princípio secular da boa-fé e a destinação final de produtos e serviços, circunstâncias essas, bem ou mal, já contempladas no Código Civil, pergunta-se: para que um Código do Consumidor, então, se todos são --- agora --- iguais perante a lei?

f) Quanto à tutela processual coletiva, como se verá no anexo respectivo, além se haver projeto para a sua disciplina geral para todos os tipos de interesses difusos, coletivo e individuais homogêneos de origem comum, as sugestões em pauta somente se aplicariam ao consumidor, e não aos demais interesses coletivos, *lato sensu*.

Ainda no que tange à tutela coletiva do consumidor, percebe-se que o anteprojeto é muito mais direcionado aos magistrados, na medida em que pretende tornar mais explícita e didática, a classe dos chamados interesses e direitos

individuais homogêneos de origem comum. Ou seja, parte-se do pressuposto de que os magistrados, em especial, não apenas não sabem a distinção entre os três tipos de tutela coletiva (difusa, coletiva *stricto sensu*, e individuais homogêneos), decidindo como se se cuidasse de interesses meramente individuais, ou equivocando-se quanto às características de uns e outros, como têm decidido como se direitos e individuais puros fossem.

Seu único dado positivo foi a proposta da criação de cadastro geral das ações coletivas e compromissos de ajustamento de conduta nos âmbitos dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no âmbito do consumidor.

Referida iniciativa, entretanto, além de não ser original, já que ambas as instituições já baixaram a Resolução nº 02/2011-CNMP-CNJ, não contempla: nem os outros interesses e direitos difusos e coletivos, além dos do consumidor, nem tampouco a resolução de conflitos de atribuições entre os diversos órgãos do Ministério Público, hoje dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando, na verdade, se trataria de questão de interesse específico, de cunho administrativo, dos referidos órgãos. Aliás, a esse respeito propusemos tese específica em congresso nacional do Ministério Público, em 1996, mas acometendo essa atribuição ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, depois reformulada para que tal atribuição fosse acometida ao Conselho Nacional do Ministério Público⁶.

g) Igualmente quanto à tutela penal, e conforme já programado pela comissão originária do anteprojeto de que redundou a Lei nº 8.078/1990, os delitos aí previstos, apenados mui brandamente, e embora assecuratórios ou garantidores dos preceitos dispositivos de cunho civil e administrativo, certamente serão transpostos para uma futura parte especial de um novo Código Penal, ou, simplesmente derogados; ou, na melhor das hipóteses, absorvidos pela Lei nº 8.137/1990.

3. Metodologia: para que tais modificações, afinal de contas? Qual a sua razão de ser?

Feitas essas considerações, passaremos a analisar cada um dos três anteprojetos e expor nossa opinião, na cor vermelha, com destaques em verde, no que entendermos procedente e cabível.

E, fiel à *teoria tridimensional do direito*, do saudoso Professor Miguel Reale (*fato + valor = norma*), porém parafraseada, ou seja, no tocante: a) à *questão política* (= conveniência e oportunidade); b) ideológica (postulados consumeristas); c) de conteúdo, passaremos a analisar cada um dos anteprojetos em pauta, não necessariamente nessa ordem.

V. ANEXOS 'A', 'B', e 'C' ----->

⁶ Cf. *Ação Civil Pública Consumerista: conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos*, Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nº 84, julho/agosto de 2007, São Paulo, págs. 89-124.