

Breves comentários sobre a Norma Institucional 86 do Procon-SP



Em 22 de setembro de 2017, o Procon-SP aprovou a Norma Institucional

86, que cuida do preço diferenciado de bebida com ou sem gelo.

As normas institucionais editadas pelo Procon-SP, conquanto não tenham natureza de lei em sentido estrito^[1], uniformizam o posicionamento do órgão a respeito de determinado assunto, devendo ser sempre pautadas em leis positivadas, até em virtude do regime jurídico-administrativo incidente — em especial, neste ponto, pela aplicação do princípio da legalidade —, o que, via de regra, encontrará seu fundamento de validade no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Neste ponto, Bruno Miragem^[2] lembra que “tais normas definem certo entendimento do órgão administrativo quanto ao conteúdo das disposições legais — as especializam mas não obrigam, por si, a particulares. Podem inclusive inspirar decisões de outros poderes, mas não vinculam, pois não detêm a Administração e seus órgãos competência normativa primária. No caso, a competência é regulamentar, e decorre da lei, no caso, do CDC. [...] Tais normas fixam o entendimento dos órgãos administrativos, servem de inspiração à jurisprudência, porém, não vinculam os particulares, porquanto não tenham o órgão que as produziu competência normativa primária. Pode fixar, todavia, certa interpretação de norma legal (do CDC, por exemplo), fixar-lhe sentido e abrangência, como é próprio da norma regulamentar”.

Na realidade, tem-se, na prática, para além de se indicar seu entendimento jurídico sobre o tema, um direcionamento de atuação do próprio mercado de consumo, considerando que ao Procon-SP compete elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor (artigo 2º da Lei Estadual de São Paulo 9.192/1995), e, para tanto, é de sua atribuição a orientação (tanto aos consumidores como aos próprios fornecedores), o atendimento e, neste ponto, principalmente, a fiscalização do mercado de consumo, com base em seu poder de polícia^[3]. Nesse sentido, não obstante seu entendimento não seja vinculante em um sentido técnico, eventuais discordâncias acerca do posicionamento, então, haverão de ser submetidas ao Poder Judiciário, especialmente em casos concretos, quando da discussão de eventuais atuações.

Aliás, as práticas no mercado de consumo (e, portanto, o direito do consumidor) possuem uma peculiaridade bastante interessante. Embora elas tratem de situações do dia a dia das pessoas, em grande parte das vezes não há uma lei própria que verse especificamente sobre uma determinada conduta, mas, ao contrário, surge a necessidade de se interpretar tal conduta à luz dos princípios, direitos básicos e demais dispositivos da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), situação que também se



aplica ao tema ora em análise. Inclusive, nesse sentido, é de grande relevância entender-se a natureza de lei principiológica que caracteriza o Código de Defesa do Consumidor.

Nessa linha, de acordo com o escólio de Leonardo Roscoe Bessa^[4], “o Procon, na análise de eventual violação a direito do consumidor, deve, por óbvio, realizar interpretação da norma jurídica e definir, no caso concreto e para os fins de aplicação da sanção administrativa, se houve ofensa a direito do consumidor”.

Não se deve perder de vista que, longe de constituir intervenção indevida na economia, as normas de defesa do consumidor equilibram o modelo capitalista e de livre concorrência e iniciativa adotados pelo Brasil, com igual previsão constitucional, sendo, como ressalta Amanda Flavio de Oliveira^[5], “expressões de direitos humanos, constitucionalizados, disciplinados por lei, aplicados segundo um procedimento legal”. Conforme bem aponta Bruno Miragem, “não há livre mercado eficiente sem o respeito aos direitos do consumidor”^[6], razão pela qual tem-se importante a assertiva trazida por Gustavo Henrique Baptista Andrade, no sentido de que “a política de proteção ao consumidor jamais pode ser compreendida como um subproduto da política de comércio ou de mercado”^[7].

Pois bem. A referenciada Norma Institucional 86/2017 fora editada com a seguinte ementa:

“EMENTA: preço diferenciado de bebida com ou sem gelo — diferenciação de preços de produtos iguais — repasse de custos ao consumidor — prática abusiva”.

Como se vê, ela aborda prática bastante comum em estabelecimentos comerciais, especialmente em mercados, de diferenciar o valor do mesmo tipo de bebida em razão de sua comercialização em temperatura ambiente (sem gelo) e de forma gelada (em geladeiras), entendendo, de forma acertada, ser ela abusiva.

Prática abusiva, em verdade, quer dizer toda conduta do fornecedor, em detrimento do consumidor, que é contrária aos padrões éticos e razoáveis, o contrário da chamada “boa conduta”, tendo, como parte intrínseca, a própria vulnerabilidade do consumidor, que acaba por ser inclusive agravada. Ou, como aponta Flavio Tartuce^[8], “qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista”.

Nesse sentido, a doutrina consumerista acaba por relacionar as práticas abusivas do Código de Defesa do Consumidor à teoria do abuso de direito^[9] do Direito Civil, o que acaba por ser aplicar também a própria norma institucional em comento. Outrossim, há nítida aplicação do princípio da boa-fé objetiva, disposto no artigo 4º, III, do diploma consumerista, na esteira do que também anota Leonardo Garcia^[10], *in verbis*: “O princípio da boa-fé objetiva será o parâmetro utilizado para aferir os limites do abuso do direito (função de controle da boa-fé objetiva)”.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor prevê, como direito básico do consumidor, a proteção contra práticas abusivas (artigo 6º, IV), trazendo ainda em seu artigo 39 um rol de determinadas condutas que a caracterizam, rol este que é exemplificativo (*numerus apertus*).



Dentre o rol previsto no referenciado artigo 39, merece destaque os incisos V e X, que dispõem o seguinte:

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

[...]

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

[...]

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

Nesse sentido, constituem práticas abusivas a exigência de vantagem manifestamente excessiva do consumidor e a elevação, sem justa causa, do preço de produtos, dispositivos que serviram de fundamento a Norma Institucional 86/2017 em questão.

Isso porque, ao oferecer determinada bebida já com gelo (ou seja, gelada), o fornecedor, em grande parte das oportunidades, acaba por vender essa bebida exatamente pelo fato de ela se encontrar gelada, o que não ocorreria caso ela estivesse em temperatura ambiente (quente). Trata-se, portanto, de uma estratégia de venda do produto em si, tendente a atrair o consumidor e a induzir o seu consumo.

Nesse sentido, imagine-se um consumidor que se dirige a determinado estabelecimento comercial com a intenção de consumir uma cerveja ou um refrigerante gelados. O fato de essas bebidas estarem expostas à venda de forma gelada é fator decisivo para que o consumidor decida pela compra.

No exemplo supracitado, nota-se que o fornecedor se valeu da disposição da bebida de forma gelada, tendo feito a venda por causa de tal forma de armazenamento e exposição, tendo ainda atraído o consumidor e incentivado o seu consumo. Assim, ao efetuar a cobrança de um valor maior em razão de tal circunstância, acaba por exigir do consumidor uma vantagem manifestamente excessiva, elevando sem justa causa o preço do produto, abusando do seu direito, além de infringir o princípio da boa-fé objetiva, ou, na esteira do Código de Defesa do Consumidor, realizando prática abusiva.

Por outro lado, inviável a alegação de que a comercialização da bebida gelada acarreta mais custos ao fornecedor, especialmente com a utilização de energia elétrica.

É que, além da questão de servir como chamariz para o consumo, como já asseverado anteriormente, há outros produtos que também são comercializados gelados (ou congelados) tanto por opção do fornecedor como por necessidade de armazenamento, já estando todos os custos calculados no preço final dos produtos.

Não obstante, seria impossível o consumidor apurar quais seriam de fato os custos com energia elétrica para analisar a razoabilidade da cobrança a maior da bebida gelada, o que violaria os princípios da transparência e da confiança.

Portanto, considerando o disposto no artigo 39, incisos V e X, do Código de Defesa do Consumidor, e,



de acordo com a Norma Institucional 86/2017 do Procon-SP, constitui-se prática abusiva a diferenciação de preços entre as mesmas bebidas servidas de forma gelada e sem gelo (temperatura ambiente).

[1] Não obstante se possa, eventualmente, emprestar o conceito de “vontade estatal-normativa derivada”, expressão e conceito cunhados pelo ministro Carlos Ayres Britto, então relator, quando do julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/2006-DF, julgamento que já se teve a oportunidade de mencionar no artigo intitulado “Projeto de lei nº 4754/2016, da Câmara dos Deputados, é inoportuno e pode atentar contra o Poder Judiciário” (“in” *Repertório de Jurisprudência* – IOB (ISSN 2175-9987) – 2ª quinzena de setembro – nº 18 – 2016 – volume I (tributário, constitucional e administrativo) – ementa 1/34879 – p. 759), sem prejuízo, outrossim, de sua conceituação como ato administrativo, ou, ainda, de sua atribuição como poder regulamentar.

[2] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor* (livro eletrônico). 4ª ed. (6ª ed. impressa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[3] Assim, pode-se dizer “que a sanção administrativa aplicada pelo PROCON reveste-se de legitimidade, em virtude de seu poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) para cominar multas relacionadas à transgressão da Lei n. 8.078/1990” (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 1279622/MG, relator ministro Humberto Martins, j. 6/8/2015).

[4] BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor* (livro eletrônico). 3ª ed. (7ª ed. impressa). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[5] OLIVEIRA, Amanda Flavio. “Código de Defesa do Consumidor não é expressão de paternalismo jurídico”. **Consultor Jurídico**, 2/3/2016, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-02/garantias-consumo-codigo-defesa-consumidor-nao-expressao-paternalismo-juridico>>.

[6] MIRAGEM, Bruno. “Como o Direito do Consumidor contribui para o aperfeiçoamento do mercado”. **Consultor Jurídico**, 28/2/2018, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-28/garantias-consumo-direito-consumidor-ajudou-aperfeicoar-mercado>>.

[7] ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. “A boa-fé nas relações de consumo: Informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento”. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. (Coord.). *Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro*. Minas Gerais: Fórum, 2017, p. 298.

[8] TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 470.

[9] Ou abuso “do” direito, como defende Rizzatto Nunes (NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.).

[10] GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo*. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 306.

Date Created

11/04/2018