Enfraquecimento da tutela administrativa dos vulneráveis (Parte 1)

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), tomando conhecimento do PL 2766/21, em trâmite na Câmara de Deputados, bem como do recente (*e silencioso*) Decreto nº 10.887, de 6/12/2021, externa em público intensa preocupação não apenas com a *qualidade* da legislação que está sendo produzida no país quanto às questões de consumo, mas exatamente com o futuro do Direito do

Enquanto a proposição legislativa busca alterar parte do Capítulo VII do Código de Defesa do Consumidor no que respeita a estrutura da tutela administrativa ainda vigente, o Decreto 10.887/21 modifica verticalmente o Decreto 2.181/97, estabelecendo funcionalmente novos poderes à Senacon. Estamos diante de enorme desafio, cumprindo intervenção a favor do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que, antes de tudo, é conquista do povo brasileiro. O presente texto tratará do PL 2766, deixando para próxima coluna a análise do Decreto 10.887/21, que em muito se aproxima da proposta em trâmite no Congresso Nacional. *Tempos ásperos de desconstrutivismos*.

Inicialmente há de ser registrada necessária observação. Em julho deste ano passou a viger a Lei 14.181/21, que tem por escopo atualizar o Código de Defesa do Consumidor e disciplinar o crédito responsável, a prevenção e o tratamento ao superendividamento. Pois bem, referida legislação (que é norma de ordem pública e cogente tal qual o CDC) tramitou por delongados dez anos perante o Congresso Nacional. Nem mesmo o fato de o país contar com mais de 35 milhões de núcleos familiares superendividados e com a população exposta à superveniência da situação pandêmica favoreciam o desate do então PL 3515/15.

De gizar que os últimos seis meses de processo legislativo foram decisivos. Coube, à época, justamente à diretoria do Brasilcon envidar esforços extraordinários perante os gestores das duas casas legislativas para adotar "regime de urgência" na votação, até a proposta ser aprovada e após sancionada (mesmo assim com vetos parciais e insubsistentes). Repita-se: dez anos!

Referida legislação que cuida do superendividamento é exemplar. Para apresentação de proposta que então tinha o propósito de alterar um *microssistema* — tema hipercomplexo, que exige envergadura humanitária, conhecimento jurídico específico, capacitação pragmática e, sobretudo, aderência e pertencialidade na matéria —, o Senado Federal em 2012 nomeou comissão de juristas [1].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A função da comissão de juristas era identificar os assuntos já então jungidos à cultura e experiência comunitária e que, via de consequência, não necessitavam de modificação; atuar com extremo cuidado para manter os fundamentos escolhidos e fixados na Constituição Federal; respeitar a metodologia proposta em 1990; e não se descurar dos direitos e garantias positivados, tornados textos linguísticos e referendados pela jurisprudência. Enfim, fica muito claro que a "atualização" do CDC só admitia renovação propositiva, mais direitos, novas garantias, verdadeira *marcha evolutiva da dignidade humana* .

O que se pretende deixar bastante claro é que qualquer alteração desse eficiente microssistema deve ter por diretrizes: 1) renovação pela perspectiva em aumentar direitos [2]; 2) adoção de princípios ainda não incorporados infra constitucionalmente [3]; 3) criação de novos modelos de solução de conflito[4]; 4) admissão das inovações, desde que sejam cúmplices da inclusão social, do enfrentamento à pobreza, da exigência de boas práticas conforme as resoluções e convenções da ONU [5]; 5) desenvolvimento de institutos que vedem abusos em face da pessoa natural [6].

Numa só palavra: um código, um microssistema, um estatuto identitário dos vulneráveis, caracterizado como norma de ordem pública, não é uma legislação qualquer! Não é mera lei que dá nome para uma viela. Não é tênue compilação de dispositivos que disciplina a forma cambial de títulos de crédito. Para atualizar um "microssistema", necessitamos de "macrolegisladores" vinculados à legalidade constitucional. Não se atualiza para retroceder, para regredir, para desestimular!

O PL 2766 tem como causa subjacente, nos dizeres do proponente, a modificação do Código de Defesa do Consumidor, que *"possibilitou uma ação descoordenada e muitas vezes leonina" das autoridades fiscalizatórias com relação às empresas"* [7]. Referido projeto de lei, que foi apresentado em data de 10 de agosto deste ano e já contando com *regime de urgência*, atinge verticalmente os artigos 55, 56 e 57 do CDC da seguinte maneira:

a) Na hipótese de "conflito de competência" entre órgãos de mais de um estado ou município, caberá à autoridade do sistema nacional ou estadual dirimir a controvérsia, a fim de que seja aplicada "sanção única" (alteração proposta para o artigo 55);

b) Vedação de autuação na primeira visita, à exceção das infrações gravíssimas, sendo que na aplicação das sanções o órgão fiscalizador deverá, motivadamente, optar por aquelas que preservem o "mercado" e os direitos do consumidor, substituindo a multa por obrigações de fazer (proposição para o artigo 56);

c) Proibição de utilização dos valores arrecadados como multa pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, estabelecendo que os critérios para fixação de multa (gravidade da infração, vantagem auferida e porte econômico do fornecedor) deverão ser guiados pela equidade e motivação, com observância de parametrização em salários mínimos, limitação da condição econômica do fornecedor aos três últimos meses anteriores à lavratura do auto (enquanto nova redação ao artigo 57).

Inicialmente, é de registrar que se o motivo da proposta legislativa é evitar ações descoordenadas e "leoninas" por parte dos órgãos de fiscalização, acredita-se que se aprovado, como está o PL, trará muito mais insegurança jurídica ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e ao próprio mercado.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Basta perceber que a proposição desconhece nitidamente a matéria referente à competência em tema de relações de consumo, já que fixa eixo de *hierarquia* entre órgãos federados distintos. Enquanto o artigo 24, inciso VIII, da Constituição Federal estabelece que a competência para legislar sobre consumidor é concorrente entre União, estados e Distrito Federal, o artigo 30, inciso I, garante aos municípios a competência para legislar sobre "interesse local" (evidentemente que as relações de consumo se fazem presentes nesse âmbito). Via de consequência, o PL 2766, ao indicar que a autoridade nacional deverá dirimir eventual conflito de competência (o certo seria *conflito de atribuição*), está solapando o texto constitucional e criando *relação de subordinação* entre instituições e entidades federadas de níveis diferenciados e capacidades heteronormativas independentes, com significativa demonstração de *déficit* democrático. [8]

Não à toa, a contribuição do *microssistema* de proteção ao consumidor ao direito nacional, posto justamente essa "competência concorrente" possibilitar — e agora com maior veemência em época de pandemia, com enriquecedora e intensa atuação dos Procons em inúmeras frentes (questões sanitárias, posturas urbanas, qualidade de produtos e serviços, mediação em diversos contratos relacionais etc.) — a leitura das atribuições administrativas sob as lentes do *federalismo cooperativo* [9]. Nesse ponto, a solução para os entraves, se houver e para evitar o *bis in idem*, é do Poder Judiciário, e não de órgão administrativo central, em homenagem justamente à opção constitucional pela federação [10].

De outro lado, não parece correta a escolha de determinado órgão central para solução de eventuais "conflitos de atribuição", quando da proposta se descortina indefectível voluntarismo camuflado: aplicação *única* da sanção. Na realidade, o objetivo da *mens legislatoris* é *teatralizar* a efetividade do Direito Administrativo Sancionador consumerista, reduzindo danos espargidos, lesões difusas, aviltamentos coletivos (e oriundos de multifários condutas espargidas no mercado) num *breve* e *isolado* expediente a ser julgado pela autoridade escolhida.

Também deve ser relembrado que a LC 123/2006, no artigo 55, dando vazão à necessária concretude a preceito fundamental (CF, artigo 170, inciso IX), fixa que quanto às microempresas e empresas de pequeno porte a *primeira visita* da fiscalização deve ser em "caráter de orientação". Contudo, o PL 2766 estende esse benefício promocional, sem quaisquer critérios, a todas as pessoas jurídicas fornecedoras, fazendo da *árvore a floresta* e tornando o hígido e necessário poder de polícia "faz-de-conta" em termos de efetividade dos direitos dos consumidores. Grandes instituições financeiras, redes de lojas, farmácias e supermercados (grupos econômicos) e empresas multinacionais terão idêntico tratamento que a Constituição Federal fez questão de diferenciar. Tudo isso sem sequer mencionar na proposição ao artigo 56 quanto às intocáveis excepcionalidades de obrigatoriedade de autuação quando da primeira visita, especialmente aquelas relacionadas aos riscos e perigos à integridade psicofísica do consumidor, independentemente do porte do fornecedor (LC, 123/2006, artigo 55, §3º). Nesse ponto, a proposta baseou-se no critério de "gravidade" da infração e não dos efeitos deletérios à pessoa humana por riscos e perigos não afastados.

A sugestão de substituição da multa pecuniária por obrigação de fazer também esfola e agride não só o *microssistema*, mas todo o ordenamento na medida em que faz tábua rasa da "função social da sanção". A sanção é essencial para correção, inibição e exemplo quanto a condutas indesejadas, ilícitas, abusivas e que são altamente contrárias à ordem pública e ao interesse coletivo. Mas também pode se desdobrar como meio de gestão típico, funcionando como técnica regulatória [11]. A sanção se liga ao plano da

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

eficácia, isso porque, ao lado das regras que são cumpridas espontaneamente, outras somente chegam à obediência porque se atrelam à coação [12].

Por isso, a tutela administrativa do consumidor sempre contribuiu em alguma medida com a Administração Pública *orgânica*, *funcional* e, sobretudo, *responsiva*, proporcionando um "poder de polícia fundamental" na promoção dos vulneráveis, com claro escopo de desestímulo às ocorrências contrárias à coletividade consumidora e, indiretamente, auxiliando a concreção do mercado menos carregado de "concorrência desleal".

Não se exprime dever fundamental de proteção ao consumidor (CF, artigo 5º, inciso XXXII) com quejandos, afagos e renúncias. E, também nesse aspecto, verifica-se a inconstitucionalidade do projeto de lei, que se apresenta, pelo princípio da proporcionalidade, com assaz *insuficiência ao vulnerável*, matéria bastante esmiuçada na doutrina constitucional brasileira [13].

Ademais, o PL 2766, ao possibilitar a substituição de multa por obrigação de fazer (recomposição do bem jurídico lesado), ainda mais se tratando de processo administrativo já instaurado, opera contrariamente à independência das instâncias de responsabilização (civil, consumerista, administrativa e penal), tanto que a LACP, que é de natureza processual e com finalidade indenizatória, admite ajustamento de conduta como medida de reparação, mas não como sanção. Portanto, o PL faz óbvia confusão entre institutos jurídicos.

As propostas de alteração do artigo 57 apenas reforçam as demais acima já transcritas. Contudo, acaba reiterando que o *vir a ser* do inusitado projeto de lei não é, nem de longe, os alegados conflitos existentes no SNDC, senão os gargalos de pagamento de multas. Tanto que restringe nos três meses anteriores a autuação a apuração da condição econômica do fornecedor, sem prejuízo de fixar piso e teto não em índices oficiais, senão em salário mínimo, o que encontra óbice para vinculação (CF, artigo 7º, inciso IV).

Transparece claro que, enquanto as leis humanitárias demoram dez longos anos para vigência — como no exemplo da Lei 14.181/21, que atualizou o CDC, mediante comissão de juristas, com respeito à metodologia, à legalidade constitucional, permitindo a clara valorização do SNDC, inclusive com finalidade de proteção ao mínimo existencial —, as iniciativas voltadas ao mercado têm perspectiva automática e imediata e em prazo inferior a um ano e já com regime de urgência, sem o devido respeito à Constituição Federal, abrem caminho para a *morte prematura* dos Procons.

[1] Comissão composta por seis juristas, sendo três deles também responsáveis pelo anteprojeto que culminou na vigência do Código de Defesa do Consumidor em 1990: Min. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Os demais são Claudia Lima Marques, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Leonardo Roscoe Bessa.

[2] São as hipóteses de novos direitos básicos inseridos pela Lei 14.181/21: crédito responsável;

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

educação financeira; prevenção e tratamento de situações de superendividamento; e, mínimo existencial.

[3] Foram inscritos os seguintes princípios: educação financeira e ambiental; prevenção e tratamento do superendividamento; evitabilidade à exclusão social do consumidor.

[4] Os novos modelos de solução de conflito são de dimensões institucionais: tanto o Poder Judiciário como os órgãos componentes do SNDC têm, respectivamente, competência e atribuição, para coordenar conciliação ou mediação na repactuação de dívidas e também aplicação de sanções em caso de não comparecimento do fornecedor de crédito (CDC, artigo 104-A e artigo 104-C).

[5] É o caso da preservação do mínimo existencial e o cuidado com os limites do sacrifício.

[6] O artigo 54-C, no inciso IV, cria o "dano de assédio", aquela perturbação reiterada e constrangedora, própria daqueles que utilizam ferramentas e modos de persuasão atingindo a vontade do consumidor ou anulando-a, a fim de impor produtos e serviços.

[7] Excerto da justificativa do il. Deputado Federal Marco Bertaiolli.

[8] Sem levar em conta os Ministérios Públicos de alguns Estados que têm função específica administrativa de tutela dos consumidores, com regime jurídico totalmente diverso.

[9] STF – ADI 0089429-88.2020.1.00.0000. Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

[10] "Artigo 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta".

[11] VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.80.

[12] BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: Edipro, 2002, p. 167. Relembra o mestre: “A sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia”.

[13] DUQUE, Marcelo Schenk. Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Date Created
08/12/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.