

O artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor: “não estamos mais no Kansas”¹

*José Eduardo da Costa*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

I) Introdução

Dizem que a filosofia nasceu do espanto ou perplexidade do ser humano diante das “coisas” do mundo. Se for assim, nós também deveremos nos espantar com a existência do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor. De fato, trata-se de uma norma cuja aparente simplicidade esconde questões éticas e jurídicas bem profundas.

E o quê diz o texto da lei? Diz o seguinte:

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

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

O meu espanto decorre dos ensinamentos mais básicos da teoria econômica. Como é possível, em um sistema de livre mercado, fundado no consumo de massa, impor um rigoroso controle de preços? Pois é disso mesmo que se trata, um sistema explícito de controle de preços.

Afinal, os preços, ao menos no mercado capitalista³, não são determinados pela oferta e demanda? E não é ponto pacífico que a intervenção estatal causa distorções e ineficiências no sistema de preços?

¹ A frase foi dita por Dorothy Gale ao seu cãozinho, logo após os dois terem sido levados por um tornado para a Terra de Oz, no filme O Mágico de Oz, que estreou em 1939.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³ No caso de mercados de concorrência imperfeita, como é o caso dos monopólios e oligopólios, a fixação do preço adota outros critérios. Nesses casos, o custo marginal deixa de ser o critério teórico que guia a empresa maximizadora. Mas aqui a distinção entre concorrência perfeita e imperfeita é irrelevante, pois a norma visa punir o aumento de preço injustificado, não havendo distinção em razão da origem do aumento.

Por que, em um sistema de livre mercado, o dono da padaria não pode aumentar alguns centavos do preço do pão para obter mais lucros, sujeitando-se à redução da procura?

Uma justificativa seria afirmar que estamos no sistema do Código de Defesa do Consumidor, de forma que a proteção do hipossuficiente exigiria o controle de preços. Ocorre que a proteção do consumidor, por si só, não exige o controle do lucro do capitalista. De fato, a liberdade de fixar preços está no coração do sistema capitalista, fato este que não deixou de existir com o surgimento do consumo de massa. Dessa forma, controlar preços é intervir em um órgão delicado do sistema de livre mercado. E tal intervenção não é exigida de forma inequívoca por nenhuma teoria de proteção do consumidor em mercados capitalistas.

Portanto, permanece a perplexidade.

Contudo, da mesma forma que os filósofos, não permaneceremos imóveis. É hora de começar a indagar: o que é isso? Qual é a causa desse controle imposto pelo legislador?

Há duas questões centrais no estudo do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar, é preciso determinar a extensão daquilo que se define como prática abusiva. Depois, a tarefa é estabelecer os contornos da problemática noção de “justa causa”.

Duas questões de método irão orientar nossa análise.

A primeira diretriz pode ser anunciada da seguinte forma: não existe um conceito abstrato e geral de “justa causa”. De fato, não é possível estabelecer de forma generalizada uma definição jurídica de “justa causa”, de maneira que a definição fosse aplicável em todas as situações hipotéticas de elevação de preços. O termo “justa causa” não tem contornos precisos, exigindo hipóteses concretas para estabelecer o sentido da norma. De fato, somente em casos específicos (reais ou hipotéticos) será possível afirmar se estamos ou não diante dessa prática abusiva. A tarefa do intérprete, portanto, será a de afastar as concepções genéricas, sem poder explicativo, de forma a permitir o surgimento de algumas hipóteses típicas.

Além disso, quando se trata do Código de Defesa do Consumidor, não há possibilidade de se interpretar a partir das velhas categorias definidas como interpretação gramatical, sistemática, finalística. Isso significa que a determinação do alcance e sentido do comando legal está vinculada às diretrizes fundamentais acerca da interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, o intérprete

obrigatoriamente deverá examinar os casos a partir da ordem interpretativa previamente definida pelo Legislador. Aqui, os vetores centrais são os arts. 6, VIII e 47 do CDC.

II) O sentido jurídico da prática abusiva

Elevar sem justa causa o preço do produto ou serviço é uma prática abusiva.

Prática abusiva é toda atividade do fornecedor que vai além das condutas permitidas no âmbito das relações com os consumidores. Dessa forma, as práticas abusivas violam o equilíbrio e boa-fé objetiva que devem prevalecer nas relações de consumo.

Na medida em que a prática abusiva abrange todas as condutas do fornecedor, inclusive a publicidade e a oferta, não há necessidade de existir um contrato vinculando o fornecedor e o consumidor. Desse modo, produtos e serviços expostos à venda ou anunciados em mensagem publicitária estão enquadrados na norma⁴.

Além disso, a norma não distingue preços para efeito de excluir a aplicação da abusividade. Dessa forma, estão incluídos na norma tanto os preços livres como os administrados, como é o caso dos combustíveis, energia elétrica, pedágios, etc.

III) Fundamentos do controle de preços

Vamos partir da análise das palavras da Lei. Este deve ser o ponto de partida de qualquer interpretação, visto que a atividade interpretativa não pode desconsiderar os termos inequívocos estabelecidos pelo legislador no texto legal. Trata-se da exigência da separação constitucional de funções estatais.

De acordo com o texto legal, todo aumento de preços deve ter uma causa. Ora, não é possível não ficar espantado com o texto! No regime da livre iniciativa, fundada na propriedade privada, os detentores dos meios de produção não têm liberdade de aumentar livremente os

⁴ Em sentido contrário, RIZATTO NUNES, *Curso de direito do consumidor*, 8. ed., Saraiva.

preços, pois a norma exige uma causa, uma justificativa para elevar o preço cobrado por qualquer coisa. Como explicar tal fato?

A meu ver, a própria Constituição Federal prevê um regime de controle dos preços cobrados por bens e serviços, na medida em que determina a edição de lei que combata o aumento arbitrário de lucros⁵. A palavra arbitrário tem o mesmo sentido de ausência de justa causa. Assim, o aumento de preços sem justa causa significa, naturalmente, aumento arbitrário de lucros.

Desse modo, podemos sintetizar da seguinte forma o caminho percorrido até aqui:

a) o regime do Código de Defesa do Consumidor representa ampla e profunda intervenção do Estado na economia, na medida em que o aumento de preço de bens e serviços somente é admitido quando for demonstrado haver uma causa, uma justificativa. Mas não é somente isso. A causa deve ser justa. É preciso reafirmar a novidade de tal disposição legal, a qual introduz uma dimensão ética e política em algo central para uma economia de livre mercado, como é a questão do aumento de preços de bens e serviços;

b) o fato de a ordem econômica ter por princípio a proteção do consumidor não exige, por si só, o controle do aumento de preços. De fato, não havia nenhuma necessidade orgânica de o Código de Defesa do Consumidor prever a existência do controle de preços. Tanto não havia, que a norma foi introduzida posteriormente no CDC;

c) o fundamento constitucional para o controle de preços é a vedação do aumento arbitrário de lucros. De fato, na medida em que uma das formas de elevar o lucro é mediante o aumento de preços, certamente há fundamento em estabelecer o controle de preços e serviços;

d) ainda que as normas do CDC, de modo geral, não se apliquem a relações entre empresas, o fato central é que todo e qualquer aumento de preço **ao consumidor** deverá ser justificado. Diante disso, ainda que o fornecedor alegue que está apenas repassando custos, é certo que a legitimidade de tais incrementos, bem como o montante do repasse, deverão ser examinados. Assim, permanece valendo de forma geral a vedação de aumento arbitrário de lucros por meio da elevação do preço de bens e serviços.

⁵ Nos termos do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Estabelecidos tais fatos, é preciso indagar os critérios mediante os quais podemos apontar a falta de justa causa para a elevação do preço.

IV) Os “tipos” de elevação de preço sem justa causa

Como foi dito acima, não há possibilidade de criar uma definição universal da justa causa. Em razão disso, definiremos alguns traços comuns a determinadas hipóteses. Esses traços ou características comuns nos permitirão agrupar as hipóteses em tipos. Assim, ao invés de um conceito geral, teremos tipos de aumento de preços sem justa causa.

Nesse aspecto, a revogada Lei 8.884/94, em seu art. 21, XXIV e parágrafo único, estabelecia alguns aspectos extremamente úteis na caracterização do aumento injustificado dos preços.

De acordo com aquela norma:

[...] na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço do produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua elevação, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço do bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Diante disso, podemos organizar os seguintes traços comuns presentes nas hipóteses de aumento injustificado de preços:

IV.1) ausência de aumento do custo dos insumos utilizados na produção de bens ou serviços

Aqui, o intérprete deverá examinar se houve aumento nos custos dos insumos utilizados na produção. Estabelecido o fato de ter havido aumento nos custos, é preciso examinar o quanto o insumo significa no

custo do produto para se chegar à proporção em que estaria justificado o aumento do preço.

Como exemplo, podemos apontar o aumento no preço dos combustíveis em alguns postos de São Paulo, provocado pela paralisação dos caminhões distribuidores de combustíveis em protesto pelas restrições de circulação na capital. Nesse caso, não houve nenhuma alteração no custo dos insumos, visto que a paralisação dos transportadores não acarreta nenhuma modificação no custo do insumo transporte.

Outro exemplo é o caso de um plano de saúde coletivo, apelação no: 0007201-87.8.26.0068, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelante Amico Saúde Ltda. e apelado D.P.P. de Menezes EPP. Consta do acórdão que:

Assim, não pode prevalecer a justificativa do aumento do prêmio com base na cláusula 21 invocada, fls. 37. Esta cláusula dispõe que haverá reajuste quando ocorrer “déficit técnico na operação”. Mas não há nenhuma explicação do que seja tal déficit. Nos contratos coletivos, para que a operadora faça reajustes, sempre se sujeitará ao monitoramento pela ANS. Exige-se do reajuste a transparência dos cálculos e fórmula que permita a fácil aferição pelo consumidor e a não imposição de onerosidade excessiva. Desta forma, a impossibilidade de ser comprovada a origem e necessidade dos reajustes, no percentual aplicado, além da inexistência de critério de aumento objetivo e aferível pelo consumidor é que tornam o reajuste abusivo. Não existem documentos idôneos que comprovem a necessidade de haver o reajuste no percentual de 34%. E também não há demonstração dos valores apresentados pela seguradora, não servindo a planilha enviada ao segurado para tal propósito.

Portanto, a ausência de comprovação da origem da elevação dos custos torna injusto o aumento do preço.

Decisão importante foi emitida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível nº 015095847, apelante Servacar Comércio Serviços e Representações Ltda. e apelado o Ministério Público, constando no acórdão que:

In casu, conforme restou demonstrado na análise econômico-financeira (fls. 236/244), acompanhada dos documentos de fls. 245/335, o requerido elevou os preços dos combustíveis, de forma abusiva, para aumentar a sua margem de lucro no período de feriado de Páscoa de 2004, quando a margem bruta de lucro média dos investigados passou de 17,3% na segunda-feira para 20,4% na quarta-feira (um aumento na margem de lucro de 39% em apenas dois dias). Esta conduta atingiu não só aqueles que efetivamente abasteceram em um dos postos de gasolina da rede, mas também os que se viram expostos a uma prática abusiva de mercado, já que não havia qualquer motivação econômica para tanto. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 39, inciso X, elenca como prática abusiva praticada pelo fornecedor em detrimento do consumidor o aumento sem justa causa do preço de produtos ou serviços. Ainda que a empresa reúna uma liberdade para fixar o preço do produto ou serviço oferecido ao consumidor, deve ao mesmo tempo demonstrar sob quais fundamentos está alicerçado o aumento. Senão vejamos, não ocorreu nenhuma medida do governo autorizando o aumento no preço do combustível, bem como nenhuma elevação aos índices de inflação cobradas, logo presume-se que há uma carência de justa causa e, conseqüentemente, é considerado abusivo e arbitrário o aumento do valor do combustível.

Outra hipótese é a cobrança de preços distintos para o pagamento com cartão de crédito e para o pagamento em dinheiro. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a prática de preços diferenciados para pagamento em dinheiro e com cartão de crédito em única parcela é abusiva, visto que o consumidor já paga à administradora uma taxa pela utilização do cartão de crédito. (REsp. 1133410, STJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA – TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010).⁶

⁶ O argumento favorável ao preço diferenciado funda-se na nota técnica do Banco Central do Brasil publicada em 2010, disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htmls/spb/Relatorio_Cartoes_Aden-do_2010.pdf>. De acordo com o estudo, a baixa renda financia compras dos usuários de alta renda.

IV.2) ausência de introdução de melhorias de qualidade no produto ou serviço

Aperfeiçoamentos na tecnologia dos produtos e serviços justificam o aumento de preços, ainda que o preço dos insumos de produção não tenham sido alterados. Portanto, o aumento na capacidade de armazenamento do aparelho de telefone celular justifica a elevação do preço. Do mesmo modo, a mudança da faixa de transmissão 3G para 4G revela melhoria de qualidade da transmissão do sinal.

IV.3) a introdução de produto ou serviço que não contém alterações substanciais quando comparado ao produto anterior

O caso aqui é da clássica “maquiagem” dos produtos e serviços. Nessa hipótese, o novo produto é em tudo semelhante ao anterior, mas o preço foi elevado.

IV.4) os produtos e serviços semelhantes não sofrem mudança de preço, desde que os mercados sejam comparáveis e competitivos

Nesse caso, a hipótese é aquela em que apenas um fornecedor, dentre vários, aumenta o preço ao consumidor. Caso os mercados tenham semelhanças e haja efetiva competição entre os fornecedores, é ilegal aquela elevação de preço.

IV.5) a elevação do preço resultou de qualquer tipo de ajuste ou acordo, inclusive em relação aos custos do produto ou serviço

Aqui, a hipótese é de formação de cartel⁷ ou mesmo o simples conluio destinado a aumentar os preços.

⁷ Na definição do CADE, “Cartel é um acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, ou adotar posturas pré-combinadas em licitação pública. Os cartéis ‘clássicos’, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo.”

V) Conclusão

Certamente, a análise aqui realizada não esgota as situações que poderiam caracterizar a ausência de justa causa. Mas permite definir alguns critérios típicos por meio dos quais é possível examinar o aumento de preço de um produto ou serviço.

O ponto central é o inegável caráter ético da norma, caracterizado pela exigência generalizada de uma justificativa para o aumento de preços ao consumidor. A profundidade da intervenção do Estado revela-se no fato de que a elevação dos preços ao consumidor não exige apenas uma causa, mas, principalmente, que a causa seja justa.

A justiça do aumento de preços ao consumidor deve ser definida, no aspecto jurídico, a partir da ordem econômica prevista na Constituição Federal, e fundada no combate ao abuso do poder econômico.

Bibliografia

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 411 p.

BOLZAN, Fabricio. *Direito do consumidor esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de janeiro de 1990. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. 765 p.