
ILEGALIDADE NA COBRANÇA DE MULTA POR PERDA DA COMANDA DE CONSUMO
ILLEGALITY IN APPLYING FINES IN CASE OF LOSING THE GUEST CHECK

Katie Borges Parente

Faculdades Cearenses (FAC)

Me. Kleber Rocha Sampaio

Faculdades Cearenses (FAC)

Dr. José Cleyton Vasconcelos Monte

Faculdades Cearenses (FAC)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo investigar a cobrança de multa pela perda da comanda de consumo. Essa é uma prática adotada por proprietários de bares, restaurantes, casas de shows e assemelhados, quando seus frequentadores perdem a comanda de consumo. O Código de Defesa do Consumidor dispõe que é direito do consumidor pagar somente pelo seu consumo real, de modo que a cobrança de multa se mostra abusiva. O Código Penal Brasileiro, por sua vez, reprime essa conduta, prevendo severas sanções.

Palavras-chave: Relações de Consumo. Comanda de Consumo. Vulnerabilidade do Consumidor.

ABSTRACT

This study aims to investigate the charge of fines if the customer loses the guest check/card. This is a practice adopted by owners of bars, restaurants, concert halls, among others, when their clients lose the card used to order. The Consumer Protection Code provides that it is the consumers' right to pay only for their actual consumption, so charging a fine proves to be abusive. The Penal Code of Brazil, in turn, represses this conduct, providing severe sanctions.

Keywords: Consumer Relations. Guest Check. Consumer Vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelece normas visando proteger e defender o consumidor. Normas estas de ordem pública e interesse social baseadas na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXXII; 170, inciso V, e artigo 48 dos atos de disposições transitórias (ADCT).

O consumidor tem direitos que, muitas vezes, não são do seu conhecimento e, por isso, se torna indefeso diante das práticas abusivas por parte dos empresários, sendo penalizados ilegalmente e arcando com ônus desnecessários. Um exemplo disso é a cobrança da multa pela perda da comanda de consumo em bares e restaurantes: se o indivíduo perder a comanda, terá que pagar valores abusivos cobrados pelo estabelecimento.

Essa prática se mostra abusiva porque afronta o CDC, e deve ser combatida pelo consumidor, o qual, para tanto, poderá se valer da proteção que é garantida pela lei.

Este estudo, portanto, tem por objetivo principal identificar no CDC os dispositivos legais que protegem o indivíduo contra essa cobrança de multa, apresentando as ações que poderão ser praticadas pelo consumidor, parte vulnerável, quando tiver seus direitos ofendidos, assim como esclarecer as consequências dessa prática no âmbito penal.

A socialização das regras atinentes às relações de consumo tem sua relevância na formação do consumidor cidadão, ou seja, aquele que, consciente de seus direitos, tem as condições de exigir as boas práticas nas relações de consumo, colaborando para o respeito às leis e para o desenvolvimento nacional. Logo, o tema é de grande importância, pois só com consumidores conscientes de seus direitos afastarão os abusos que são corriqueiramente cometidos por parte dos fornecedores de bens e serviços.

O desenvolvimento do presente trabalho aborda inicialmente a disciplina do CDC, destacando sua importância para as relações de consumo e conceituando as partes envolvidas. Adiante, tece detalhes sobre os direitos dos consumidores para, na sequência, colocar o tema sob a ótica das práticas abusivas a que são submetidos os consumidores. Por fim, enfrenta-se a questão da cobrança de multa por perda da comanda de consumo, concluindo-se pela ilegalidade dessa prática.

2 O CDC NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Conta-se como marco histórico para o surgimento do Código de Proteção ao Consumidor, a Revolução Tecnológica do período Pós-Segunda Guerra Mundial e a Revolução da Informática e da Globalização do mundo contemporâneo.

A partir desse momento há a quebra do paradigma do direito civil clássico que não estava apto a proteger a parte mais frágil da relação de consumo. Por essa razão, fez-se necessária a intervenção estatal para elaborar e implementar legislações específicas, políticas públicas e jurisdição especializada de defesa do consumidor em todo o mundo.

No Brasil, o Direito do Consumidor está amparado pela Constituição Federal de 1988, que traz dois mandamentos em seu art. 5º, XXXII e 170, V, e um no Ato das Disposições Transitórias, em seu art. 48. A relação jurídica de consumo é uma relação desigual, onde de um lado temos o consumidor vulnerável e do outro o fornecedor detentor do monopólio dos meios de produção, por essa razão o CDC está no patamar de Direito Fundamental.

Para entender a importância do CDC, nas relações de consumo, é necessário compreender o conceito de relação jurídica bem como se a relação entre consumidor e fornecedor poderá ser entendida como tal.

As relações de natureza econômica, familiar, funcional e pública exigem disciplina jurídica. Nesse contexto, relação jurídica é toda relação social disciplinada pelo Direito, ou que produz consequências jurídicas. A relação jurídica de consumo, por sua vez, é aquela firmada entre fornecedor e consumidor e que possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço. Fornecedor somente existirá se existir um consumidor e vice-versa. Já a relação de consumo, contratual ou extracontratual, somente se realiza com esses dois sujeitos, portanto o campo de aplicação do CDC será sempre entre um consumidor e um fornecedor.

No CDC não se encontra a definição de relação jurídica de consumo, e sim, a definição de consumidor e fornecedor, que são os sujeitos dessa relação e, portanto, considerados como elementos subjetivos, e de produto e serviço que são os objetos, elementos objetivos.

O CDC inicia pela definição da parte mais frágil, que é o consumidor, cujo objetivo é a proteção desse sujeito. "O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", sendo, a este, equiparada "a coletividade de pessoas, mesmo que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (at. 2º, do CDC). Também se equiparam a consumidor todas as vítimas do evento e todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas decorrentes das relações de consumo, na forma da lei (at. 17 e 29 do CDC).

Conforme se pode constatar, o consumidor é definido tanto sob a ótica individual quanto coletiva, podendo ser de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos¹, de acordo com o artigo 81, em seu parágrafo único. Essa definição tem um alcance material amplo, não se limitando apenas ao adquirente, mas também protegendo vítimas de atos ilícitos pré-contratuais, como ocorre na publicidade enganosa e das práticas abusivas no comércio, independente de serem ou não compradores, serem ou não destinatários finais, tanto individuais quanto coletivas.

Nelson Nery Jr. (2007) considera ainda um terceiro elemento, o teleológico, que é a finalidade do consumidor em adquirir um produto ou contratar um serviço, ou seja, a de destinatário final, para uso próprio. Se esse produto ou serviço for utilizado para a produção de outra atividade, não configura relação de consumo. Essa questão é polêmica, pois, segundo a Teoria Finalista, que é a majoritária, é possível haver relação de consumo mesmo quando o bem é utilizado para exercer uma atividade profissional. Conforme posicionamento dos Tribunais Superiores, se, no caso concreto, caracterizar-se situação de vulnerabilidade, o CDC deverá ser aplicado.

Para Claudia Lima Marques (2013), o destinatário final é o fático e econômico do bem ou serviço, tanto pessoa física como jurídica, ou seja, além de utilizar o bem ou serviço, é necessário também ser "destinatário final econômico do bem" e não ter objetivo de obter lucro, pois não configura mais uma relação de consumo, pois, segundo entendimento do STJ², não haveria uma destinação final, e sim um consumo intermediário. Portanto, consumidor não é somente o doméstico, que adquire o bem ou serviço para uso de sua família ou seu próprio, mas sim o "não profissional". Dessa forma, verifica-se uma concepção mais abrangente de sujeito vulnerável de uma relação de consumo, que é o objeto de proteção do CDC.

Em seguida, no artigo 3º, *caput*, o CDC dá a definição de fornecedor, sujeito que, na relação de consumo, está em posição vantajosa. O fornecedor é compreendido como qualquer pessoa física ou jurídica, seja do setor público ou privado, nacional ou estrangeira, bem como as sociedades de fato que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O legislador ampliou a definição de fornecedor, incluindo as várias atividades que são responsáveis pela colocação de bens ou serviços no mercado de consumo. Trouxe também a definição de produto e serviço, possibilitando o perfeito entendimento do dispositivo. Tanto uma empresa jurídica quanto física que coloque produto ou serviço no mercado é considerada fornecedor.

Não há necessidade de obter lucro. Somente precisa receber remuneração do produto ou serviço que é disponibilizado para circulação. Qualquer tipo de empresa, grande ou pequena, sociedade anônima, associação sem fins lucrativos, poderá ser considerada fornecedora, desde que desempenhe atividade descrita no CDC.

Os produtos são bens que são transferidos do fornecedor para o consumidor e podem ser materiais e imateriais, móveis e imóveis (§ 1º, do art. 3º, do CDC). Os serviços são atividades humanas prestadas aos clientes e são atividades bancária, financeira, de crédito e securitária (§ 1º, do art. 3º, do CDC).

¹ Ou direitos individuais homogêneos, são aqueles determináveis e ligados a uma origem comum, cujo bem jurídico é divisível; os direitos coletivos são os transindividuais, indivisíveis cujas pessoas são integrantes de grupo, categoria ou classe e estão ligados entre si ou parte contrária por uma relação jurídica base; direitos difusos são transindividuais, indivisíveis ligados por circunstâncias de fato. (Art. 81, incisos I,II,III, CDC).

² AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAMINHONEIRO. DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE. CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. É relação de consumo a estabelecida entre o caminhoneiro que reclama de defeito de fabricação do caminhão adquirido e a empresa vendedora do veículo, quando reconhecida a vulnerabilidade do autor perante a ré. Precedentes. 2. Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor e a dificuldade de acesso à Justiça, é nula a cláusula de eleição de foro. Precedentes. 3. A condição de vulnerabilidade do recorrido firmada a partir dos elementos de convicção constantes dos autos não pode ser revista em sede de recurso especial, em face do que dispõe a Súmula 7/STJ. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 426563 PR 2013/0366396-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 03/06/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2014)

O CDC tem como objetivo principal a proteção da parte mais vulnerável dessa relação jurídica CONSUMIDOR X FORNECEDOR, que estão divididos em seus artigos e princípios básicos que o norteiam, indicando os direitos do consumidor perante o fornecedor.

O CDC está embasado na Constituição Federal de 1988, pois esta dispõe em seu art. 5º, inciso XXXII, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" e no inciso V, do art. 170, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da defesa do consumidor.

O constituinte, ao incluir a proteção ao consumidor no art. 5º da Constituição, dispositivo dedicado aos direitos e às garantias fundamentais, outorgou ao Estado a tarefa de intervir na relação de consumo, garantindo a paridade entre os polos dessa relação e proporcionando ao consumidor ferramentas de proteção de seus direitos.

Além de incluir a matéria nos direitos fundamentais, o legislador fez constar, no Título VII da Constituição, no capítulo denominado "dos princípios gerais da atividade econômica", no artigo 170, em seu inciso V, a defesa do consumidor, elegendo esse dispositivo como indispensável ao alicerce da ordem econômica, enquadrando-o na categoria de garantia-base.

Desse modo, evidencia-se a importância do CDC como ferramenta para assegurar dignidade e justiça às relações de consumo à medida que garante direito e proteção ao consumidor, inclusive em relação à prática abusiva na cobrança da multa pela perda da comanda de consumo, por parte dos empresários de bares e restaurantes.

3 OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO CDC

Não há paridade na relação de mercado de consumo. O fornecedor é detentor do domínio total, acarretando para o consumidor uma posição de desvantagem, que o leva à condição de vulnerabilidade. Pode-se citar como exemplo os contratos de adesão cujas cláusulas são verdadeiras imposições do produtor ou prestador de serviço.

Para Leonardo Roscoe (2014), a vulnerabilidade se traduz em o consumidor, devido a sua insuficiência e fragilidade, precisar de órgãos e instrumentos para a sua proteção contra as práticas lesivas dos fornecedores que, na relação, ocupam posição vantajosa e dominante.

Nesse cenário, há, de um lado, o fornecedor em uma posição econômica superior em que controla a produção, detém a informação, emite contratos unilaterais etc., e, de outro, há o consumidor em situação vulnerável e hipossuficiente, que não conhece ou domina as técnicas de produção, é privado de informações e tem que se submeter aos contratos de adesão por necessitar do produto e por não ter condições de partir para um litígio judicial.

Atendendo ao princípio da isonomia, que norteia a Constituição, surge o Princípio da Vulnerabilidade em proteção à situação frágil do consumidor, fornecendo todo um aparato legislativo, administrativo e judiciário ao que se refere às relações de consumo a fim de eliminar essa vulnerabilidade. Tal princípio é o embasamento e o fundamento para os direitos pertencentes aos consumidores, bem como as obrigações conferidas aos fornecedores. Considera-se que o consumidor, sendo a parte mais fraca da relação de consumo, precisa de tratamento diferenciado para que possa se relacionar com independência no mercado.

A vulnerabilidade do consumidor pessoa física é presunção absoluta no CDC, sem a necessidade de comprovar a existência de um desequilíbrio jurídico entre consumidor e fornecedor. No entanto, quando se tratar de pessoa jurídica ou profissional, a comprovação será pressuposta para que se apliquem as regras do CDC ao caso concreto.

A Doutrina divide a vulnerabilidade em três: a técnica, jurídica e fática. Claudia Lima Marques (2013) defende também a informacional. Na técnica, o consumidor desconhece a especificidade do produto ou serviço adquirido, esse conhecimento é de posse do fornecedor. Na vulnerabilidade jurídica, o consumidor desconhece as consequências de contratar ou estabelecer uma relação de consumo. A fática se reconhece no fato concreto. Por fim, a vulnerabilidade informacional é caracterizada pelo surgimento da globalização, da informatização e dos blocos econômicos.

A jurisprudência³ vem reconhecendo uma nova categoria de consumidores que se encontram na condição de hipervulneráveis, que são as gestantes, os idosos, as crianças, os enfermos, os portadores de necessidades especiais, os analfabetos etc., dando-lhes maior proteção em decorrência da situação de fragilidade em que se encontram.

O CDC estabelece uma gama de direitos ao consumidor com o objetivo de deixá-lo em condição de paridade em relação ao fornecedor, corroborando com a igualdade material defendida no texto constitucional.

Deverá haver lealdade e transparência nas relações de consumo, tanto por parte dos fornecedores como também dos consumidores.

A Carta Magna determinou, em seu art. 5º, inciso XXXII, a proteção do consumidor. Trata-se de um direito fundamental e, por isso, para caracterizar o preceito constitucional, necessita de direitos básicos ao consumidor, que são aqueles direitos mínimos, materiais ou instrumentais que estão diretamente ligados a direitos fundamentais universalmente consagrados.

Ressalte-se que os direitos materiais são aqueles voltados à proteção de elementos de sua estrutura jurídico-patrimoniais, e os direitos instrumentais são voltados à obtenção da satisfação efetiva desses direitos administrativa e juridicamente.

No que se refere aos direitos básicos do consumidor, encontram-se, em seu artigo 6º e incisos, do CDC, orientações sobre as relações de consumo. O rol dos direitos básicos é amplo e não se limita somente a esse dispositivo, inclui também os tratados internacionais, a legislação interna ordinária, regulamentos, bem como os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (Art. 7º, *caput*, do CDC)

A concessão de direitos básicos ao consumidor é pressuposto essencial para que haja uma relação jurídica de consumo harmonizada e equilibrada. O CDC traz extenso regramento quanto aos direitos básicos do consumidor, merecendo destaque, como fundamento do presente trabalho, o inciso IV, do artigo 6º, que dispõe ser direito do consumidor "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços."

Percebe-se, nesse dispositivo, a presença do Princípio da Boa-Fé e da Transparência. Com isso, é direito do consumidor a proteção contra todo tipo de abuso cometido pelo fornecedor, quanto ao que se refere a divulgação de seus produtos e serviços, pois, muitas vezes, a publicidade não condiz com a realidade oferecida.

Quanto à forma de lidar com o cliente antes, durante e depois da venda, há momentos em que o tratamento dado ultrapassa os limites do respeito e da segurança do indivíduo; quanto à forma de contratar, que, em determinadas relações, ocorrem imposições que somente são boas para o contratante, e, em alguns casos, não existem opções, e sim imposições nas cláusulas contratuais. O inciso em questão visa a proteger tais direitos.

4 AS PRÁTICAS ABUSIVAS E A VANTAGEM MANIFESTAMENTE EXCESSIVA POR PARTE DO FORNECEDOR

Consta, no artigo 39 do CDC, o rol exemplificativo de práticas abusivas, o que significa que, além das relacionadas no dispositivo, poderá haver outras. Em seu *caput*, o artigo deixa bem claro quando finaliza "dentre outras práticas abusivas", ou seja, qualquer prática abusiva, mesmo que não esteja neste rol ou em outro dispositivo, será considerada ilegal bastando, que caracterize violação dos padrões de boa conduta no mercado.

O rol das práticas abusivas previstas no referido artigo é extenso, e ainda assim, poderá haver alguma que não esteja elencada. Isso se deve ao fato de que a sociedade está em constante mudança que consequentemente influencia na relação de consumo. Foi desejo do legislador que o rol de condutas do art. 39 deveria existir sem prejuízo de outras práticas ilegais no mercado de consumo pela violação de seus padrões de conduta.

³ PLANO DE SAÚDE. Portabilidade extraordinária. Consumidores hiper vulneráveis, de difícil captação pelo mercado de consumo hospitalar e de assistência à saúde. Rede credenciada buscada que também é ofertada pela apelada, mas não para os antigos consumidores da Unimed Paulistana, o que revela nítida posição de desvantagem exagerada, a despeito do TAC firmado com o Ministério Público. Necessidade de manutenção, inclusive com mesmo preço, a ser acrescido dos reajustes legais. Decisão reformada. Recurso provido. (TJ-SP 11113833520158260100 SP 1111383-35.2015.8.26.0100, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 02/10/2017, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/10/2017)". (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP: 1111383-35.2015.8.26.0100).

Práticas abusivas significam o abuso do poder econômico por parte do fornecedor, que se prevalece da sua situação de preponderância econômica em relação ao consumidor por possuir o domínio da produção, dos termos dos contratos, da publicidade, o domínio da informação etc. Tem como parâmetro as relações de consumo, mas obrigatoriamente ligadas ao contrato.

As práticas abusivas nem sempre são atividades enganosas, poderão ser verdadeiras, mas, possuindo alta dose de imoralidade econômica e de opressão, causam danos consideráveis ao consumidor. Como mencionado anteriormente, as cláusulas abusivas não estão limitadas somente ao artigo 39, mas em vários outros dispositivos do CDC, como por exemplo, a exploração da figura da mulher como objeto.

A vantagem excessiva caracteriza-se pela desproporcionalidade entre fornecedor e consumidor, quando o primeiro impõe ao segundo uma disparidade entre o bem ou serviço oferecido e o preço realizado. O artigo 51, inciso IV, trata da nulidade das cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada” ou se mostrem “incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

O comerciante que cometer práticas abusivas pode ser submetido a sanções administrativas, penais e a reparação de danos morais causados aos consumidores. Em todos os casos de prática abusiva, ou abuso de direito, ou excesso de poder, ou infração da lei, deverá haver o saneamento do mercado em favor do consumidor ou em benefício da concorrência. Com relação à cobrança de dívidas de consumo, esta é uma prática ilegal, pois o Código se opõe aos excessos cometidos por parte dos comerciantes⁴.

As práticas abusivas são identificadas nas condutas dos fornecedores quando estes se prevalecem de sua situação econômica, impondo cláusulas contratuais, limites de compra, executando serviços sem solicitação, fazendo operações casadas, se aproveitando da fraqueza ou ignorância do consumidor, obtendo vantagem excessiva ou exagerada desproporcional ao bem ou serviço e o preço realizado, deixando de fornecer orçamento prévio ou informação sobre as normas técnicas, dentre outras.

5 A ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE MULTA POR PERDA DA COMANDA DE CONSUMO

Com a consolidação do CDC, não há mais razão para que fornecedores deixem de passar as informações necessárias aos consumidores sobre os produtos ou serviços ofertados, a Lei é bem clara em seus diversos dispositivos. A divulgação nas mídias tem um papel importante nessa troca de conhecimento, e, portanto, aquele comerciante que age em desacordo com o CDC está claramente agindo de má-fé e não por ignorância, pois não há mais desculpas para a desinformação.

Tornou-se um hábito dos empresários de casas noturnas, bares e restaurantes em cobrar multa pela perda da comanda de consumo. Tal hábito vem acompanhado de medidas extremas e desproporcionais, seguidas de intimidação por parte dos seguranças dos estabelecimentos, que acarretam um grande constrangimento ao cliente. Bruno de Almeida (2010), afirma que não há lei que obrigue a uma pessoa pagar multa ou taxa por perder uma comanda de consumo, inclusive a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, ordena que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que estabelece normas que determinam os direitos e deveres das pessoas, dos bens, e das suas relações no âmbito privado, considera o abuso de direito como ato ilícito, dispondo em seu artigo 187: “Também comete ato ilícito, o titular de um direito que, ao

⁴ RECLAMAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO. MUDANÇA DE ADMINISTRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO LEGAL. PORTABILIDADE. NOTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SUPERVENIENTE DISTRATO DA AVENÇA. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO INOMINADO. PROVIMENTO PARCIAL. SENTENÇA REFORMADA. São direitos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; e proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (Art. 6º, III e IV do CDC, com Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012). Também a referida norma de proteção estabelece: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ...Omissas IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.” [...]. Por tais razões, impõe-se o conhecimento do recurso interposto, provendo-o, em parte, [...]. (TJ-AP - RI: 00414994420168030001 AP, Relator: REGINALDO GOMES DE ANDRADE, Data de Julgamento: 09/05/2017, Turma recursal) (Tribunal de Justiça do Amapá TJ-AP – RECURSO INOMINADO: RI 0041499-44.2016.8.03.0001 AP)

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". O empresário dos estabelecimentos, ao cobrar multa pela perda da comanda de consumo, está praticando a ilicitude, pois o correto é cobrar pelo consumo real do cliente.

O artigo 39, inciso V, do CDC, trata de práticas abusivas e vantagem manifestamente excessiva, quando estabelece: "é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva."

Portanto, cobrar multa pela perda da comanda de consumo é considerada vantagem manifestamente excessiva do fornecedor contra o consumidor, quando estabelece valores exorbitantes deste, que economicamente está em situação de desvantagem nessa relação consumerista. Ato esse vedado pelo CDC, de acordo com dispositivo acima.

O artigo 51 do CDC trata da nulidade das cláusulas contratuais que colocam o consumidor em desvantagem com relação ao fornecedor, nitidamente a que estabelece obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, contrariando a boa-fé ou a equidade. Assim, como utilizar um serviço em estabelecimento de entretenimento configura um contrato tácito, se houver algum aviso de multa na comanda ou em algum outro lugar, será nulo de pleno direito, devendo ser desconsiderado.

Quando o estabelecimento usa esse artifício, está transferindo ao cliente o controle do seu estoque, o que é ilegal porque o comerciante tem a obrigação de controlar suas vendas e seu estoque, configurando um direito básico do consumidor previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC. Ademais, complementa-se que, em Direito do Consumidor, cabe ao comerciante ou prestador do serviço, o ônus da prova, norma regulada no mesmo dispositivo, no inciso VIII acima citado, que trata da inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova consiste em o autor não precisar provar o abuso sofrido. Compete ao réu provar que a afirmação é falsa⁵. No direito do consumidor, compete ao juiz autorizar a inversão do ônus da prova quando, no caso concreto, houver verossimilhança nas alegações ou quando o consumidor for hipossuficiente. Nesse sentido, o CDC preconiza que é direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente" (Art. 6º, inciso VIII).

De acordo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com a confirmação da vulnerabilidade do consumidor e a responsabilidade civil do produtor de bens ou serviços pelos vícios de informações, é dever do fornecedor usar de transparência nas informações junto aos consumidores, consoante o disposto no artigo 6º, inciso III do CDC.

No CDC, a responsabilidade civil é objetiva⁶, significando que, se caracteriza independente de culpa ou dolo (Art. 12 a 20). Há, inclusive, solidariedade entre fornecedores de produtos e prestadores de serviços. É composta por três elementos, o defeito, o dano e o nexo de causalidade, não havendo o direito de indenização caso inexista um dos três.

No artigo 6º, inciso III, encontra-se o mandamento de que é dever do fornecedor informar adequadamente sobre seus produtos ou serviços, especificando corretamente a "quantidade, características, composição, qualidade preço [...]". Os frequentadores vão às casas noturnas, bares e restaurantes com o objetivo de se divertir, não cabendo a estes a obrigação de preocupar-se em controlar o seu consumo. Essa é uma tarefa dos proprietários que devem proporcionar aos seus frequentadores o máximo de bem-estar possível e fornecer a descontração procurada em seus estabelecimentos, sendo sua a tarefa de manter o controle de suas atividades administrativas e comerciais, seguindo o mandamento comportamental do CDC.

⁵ Em regra, o ônus da prova é de responsabilidade do autor em provar a existência do seu direito e ao réu cabe provar existência de fato que impeça, modifique o extinga tal direito. (Art. 373, I, II, CPC/2015)

⁶ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. MULTA REFERENTE À PERDA DE COMANDA DE CONSUMO. RETENÇÃO DE CELULAR COMO GARANTIA DE ADIMPLENTO. ART. 14, CAPUT E §1º, DO CDC. ABUSO DE DIREITO. ART. 187, DO CÓDIGO CIVIL. CONDUTAS ABUSIVAS DOS PREPOSTOS DO DEMANDADO. FATO DO SERVIÇO CONFIGURADO. Dever de indenizar PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO - O abuso de direito encontra expressa previsão legal no art. 187 do CC. Compreensão do instituto a partir do parâmetro constitucional, especialmente o art. 3º, I, CF. O princípio da solidariedade introduziu importantes alterações no âmbito do Direito Civil e da responsabilidade civil, coibindo-se o exercício dos direitos subjetivos fora dos padrões de coexistência. O abuso de direito está relacionado com a situação jurídica subjetiva, conjunto de direito e deveres do sujeito-CASO CONCRETO – COMPROVAÇÃO DA CONDUTA abusiva – DEVER DE INDENIZAR POR DANOS MORAIS - COMPROVADA A CONDUTA ABUSIVA E ILÍCITA DA DEMANDADA, TRADUZIDA NA RETENÇÃO ILEGAL DE BEM DE CUNHO PESSOAL COMO GARANTIA DO ADIMPLENTO, IMPONDO-SE, POIS, O DEVER DE INDENIZAR PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS. APELO DESPROVIDO. (TJ-RS - AC: 70042119651 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 14/09/2011, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/09/2011).

5.1 A MULTA POR PERDA DA COMANDA DE CONSUMO COMO TIPO PENAL

O consumidor, por desconhecimento de seus direitos, não sabe que é ilegal a cobrança de multa por perda da comanda de consumo e, por essa razão, se submete aos abusos, cometidos pelos proprietários dos estabelecimentos, pagando o valor cobrado ou sendo constrangido pelos seguranças a ir para a “sala da gerência”, a fim de ser obrigado ao pagamento.

Os empresários que se utilizam de tal prática podem, inclusive, ser enquadrados em tipos penais contemplados no Código Penal Brasileiro (CPB), Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, além de ter que pagar indenizações por danos morais respondendo aos dispositivos constantes no CDC.

Os sujeitos da relação de consumo são pessoas físicas ou jurídicas, onde de um lado encontra-se o fornecedor de bens e serviços e do outro o consumidor, que é a pessoa que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final (art. 2º e 3º do CDC).

Na hipótese em que a pessoa jurídica é a consumidora final, não há dúvida de que também poderá ser vítima dos crimes de consumo, assim como a pessoa física. Quando o fornecedor for uma pessoa física é evidente que esta poderá figurar no polo ativo do crime, o que não ocorre em relação ao fornecedor pessoa jurídica. Como dispõe o art. 175 do CDC, a responsabilidade criminal decorrente das relações de consumo deve ser imputada aos diretores, administradores ou gerentes da pessoa jurídica, na medida de sua culpabilidade.

Corroborando esse entendimento, Fonseca (2016) defende que na ausência dos indispensáveis elementos psicológicos e normativos para caracterizar o atuar criminoso não se atribui a responsabilidade à pessoa jurídica, mas objetivamente às pessoas físicas que a integram. Logo, existe a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes de consumo nas pessoas dos administradores, diretores e gerentes e nas demais pessoas físicas que de algum modo contribuíram para a prática criminosa, na medida de sua culpabilidade (art. 11, da Lei nº 8.137/1990 c/c o art. 75 do CDC)

O Princípio da boa-fé deve nortear essa relação de consumo tanto por parte do fornecedor quanto por parte do consumidor. Este não pode se prevaler da lei para pagar menos que o seu consumo real, bem como o fornecedor não poderá cobrar valor maior que o utilizado pelo cliente e, para isso, deve obter meios de controle dos consumos, considerando que é ele o responsável por controlar suas vendas e estoques, e não repassar essa tarefa ao seu cliente.

Portanto, as comandas contendo cláusula de multa por extravio são ilegais, vedação constante no CDC em seu artigo 39, inciso V, em que não se pode obter vantagem excessiva do consumidor, bem como em seu artigo 51, inciso IV, que anula as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, colocando o consumidor em desvantagem ou em desacordo com a boa-fé e a equidade.

Ainda no CDC, seu artigo 71 estabelece pena de detenção de três meses a um ano para aquele que comete práticas de ameaça ou coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer.

Comumente, os clientes são obrigados a permanecer no local por horas até que efetuem o pagamento ou são conduzidos a salas particulares a fim de serem coagidos e ameaçados bem como, dependendo do seu comportamento, sofrerem agressões físicas e morais, ocasionando grande constrangimento pessoal. O cidadão, que inicialmente tinha como objetivo a diversão, o relaxamento, a descontração, se depara com um terrível pesadelo.

As disposições do CDC podem ser aplicadas, sem prejuízo da ação penal (art. 61), regulada pelo Código Penal Brasileiro - CPB. Em uma só ação, pode-se aplicar simultaneamente o CDC, o CPB e as leis especiais. Utilizar-se de tais práticas abusivas constitui “crime” e estão tipificadas nos arts. 129, 146, 147 e 148 do CPB, que poderão ser aplicadas àquele que cometer ilegalidade contra os direitos do consumidor.

Os bens jurídicos protegidos nos referidos dispositivos consistem na liberdade e integridade física e moral do indivíduo, e aquele que concorre em praticá-las transgredirá a lei e, portanto, estará sujeito às penas nele cominadas. Desse modo, quem utilizar-se de ameaça para cobrar pela perda da comanda de consumo, estará enquadrado nos tipos penais acima descritos.

Se o administrador ou gerente do estabelecimento forem coparticipantes da referida prática, responderão por seus atos na medida da sua culpabilidade, sendo-lhes aplicadas as penas relativas (art. 75, do CDC), assim como qualquer outro que contribua para a prática do crime, como garçons e seguranças.

Há, ainda, o art. 158 do Código Penal, que trata de crime de extorsão, que prevê pena de quatro a dez anos, aumentada para seis a doze anos (§ 3º), se cometida mediante restrição de liberdade. Logo, havendo manifesta cobrança de multa excessiva, juntamente com cárcere privado, o gerente ou o proprietário do estabelecimento responderão pela qualificadora do § 3º, do artigo 158, do CPB, podendo pegar até 12 (doze) anos de reclusão.

Diante do exposto, pode-se observar que o empresário, ao cobrar do consumidor multa exorbitante por perda da comanda de consumo prática, contra este, vários crimes especificados no mandamento jurídico, ensejando da vítima a atitude de se proteger, buscando seus direitos, bem como a segurança na defesa de sua liberdade.

5.2 ATITUDES DO CONSUMIDOR DIANTE DA PRÁTICA ABUSIVA

Conforme descrito acima, vários são os crimes que poderão ser praticados por fornecedores, contra o consumidor, na cobrança de multa exorbitante por perda da comanda de consumo, exigindo destas ações que visem defender sua integridade física e moral bem como sua liberdade individual.

O consumidor, na maioria dos casos, desconhece seus direitos bem como as atitudes que deve tomar diante das práticas abusivas por parte dos empresários ou gerentes de casas de show, bares ou restaurantes, deixando de buscar soluções jurídicas a fim de sanar tais ações. Isso ocorre pelo desconhecimento das leis ou por inércia ou pela não compreensão dessas normas.

Inicialmente, o cliente deve procurar o empresário ou o responsável no momento para negociar o pagamento do seu consumo real, discordando da cobrança de multa excessiva. É importante que essa negociação seja realizada na presença de testemunhas, que serão de fundamental importância para atestarem o ocorrido em reclamações futuras. Caso não haja possibilidade de entendimento, e o indivíduo seja retido, deve-se ligar para o 190 e pedir uma viatura policial, ir até a Delegacia de Polícia Civil e registrar o ocorrido.

Se o consumidor for submetido à pressão psicológica física ou moral e optar por pagar a multa, deve exigir a emissão de nota fiscal com a especificação dos valores cobrados para embasar a sua reclamação. Poderá solicitar ao estabelecimento a devolução em dobro relativo ao valor pago indevidamente e requerer indenização por danos morais, por meio do Procon da sua cidade, e, se desejar ajuizar ação penal, deverá registrar o boletim de ocorrência em uma delegacia o quanto antes. O CDC, em seu título II, que trata das infrações penais, artigos 61 a 80, é bem claro em seu artigo 61, sobre a previsão dos crimes contra as relações de consumo sem prejuízo ao disposto no Código Penal e nas leis especiais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa demonstrou que a cobrança pela perda da comanda de consumo é ilícita, por afrontar o CDC e o CPB. O fornecedor não pode transferir ao consumidor a tarefa de controlar seus estoques, é sua a obrigação de controlar as vendas em seu estabelecimento.

O consumidor que se sentir lesado poderá pleitear junto aos órgãos responsáveis uma indenização por danos morais, sem prejuízo da ação penal. Já o estabelecimento que cometer tal ilicitude violará o artigo 71 do CDC e o artigo 148 do CPB, não menos importantes os demais artigos citados no presente trabalho.

Conclui-se que cobrar multa pela perda da comanda de consumo é prática considerada abusiva e ilícita, de acordo com o direito do consumidor, e aquele que se sentir ofendido em seu direito poderá procurar o PROCON, tomando as devidas ações, ou, em caso de coação e privação de liberdade, chamando a polícia e registrando o Boletim de Ocorrência para que seja usado em ações futuras.

REFERÊNCIAS

AGRAVO Regimental. Agravo em recurso especial. Caminhoneiro. Destinatário final. Vulnerabilidade. Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Nulidade. Súmula 7/STJ. **STJ**, 12 jun. 2014. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25121939/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-426563-pr-2013-0366396-8-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ANGHER, A. J. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**: Constituição Federal/88. São Paulo: Rideel, 2016.

Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Consumidor. Multa referente a perda da comanda de consumo. Retenção de Celular como garantia de adimplemento. Art. 14, § 1º do CDC. Abuso de Direito. Art. 187, do Código Civil. Condutas Abusivas dos prepostos do demandado. Fato do serviço configurado. Dever de indenizar pelos danos morais sofridos. **STJ**, 16 set. 2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20533380/apelacao-civel-ac-70042119651-rs/inteiro-teor-20533381?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora RT, 2013.

BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. de. **Manual de Direito do consumidor**. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BOLZAN, F. **Direito do Consumidor Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/Legislação>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C8C8DC5DBC0D896B9039A33A9E546A44.proposicoesWebExterno2?codteor=104909&filename=LegislacaoCitada+-PL+7350/2002. Acesso em: 21 mar. 2021.

FONSECA, A. C. L.da. **O fornecedor pessoa jurídica como sujeito ativo nos crimes contra as relações de consumo**. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283280108.pdf. Acesso em: 21 mar. 2021.

GRINOVER, A. P. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
NUNES JUNIOR, V. S.; MATOS, Y. A. P. S. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

PLANO de saúde. Portabilidade extraordinária. Consumidores hipervulneráveis, de difícil captação pelo mercado de consumo hospitalar e de assistência à saúde. **STJ**, 10 fev. 2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506531378/11113833520158260100-sp-1111383-3520158260100>. Acesso em: 21 mar. 2021.

RECLAMAÇÃO. Plano de saúde. Contrato. Mudança de administração. Descumprimento de obrigação legal. Portabilidade. Notificação. Ausência. Falha na prestação do serviço. Superveniente distrato da avença. Pretensão de manutenção das condições. Improcedência. Recurso inominado. Provimento parcial. Sentença reformada. **STJ**, 09 maio 2017. Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/641831020/recurso-inominado-ri-4420168030001-ap/inteiro-teor-641831025?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 mar. 2021.

SOBRE OS AUTORES**Katie Borges Parente**

Graduada em Direito (FAC).

Contato: katiebp@hotmail.com

Kleber Rocha Sampaio

<http://lattes.cnpq.br/3582562181215302>

Graduado em Direito (UNIFOR). Mestrado em Direito (UFPE).

Contato: krosampaio@yahoo.com.br

José Cleyton Vasconcelos Monte

<http://lattes.cnpq.br/5809729106861800>

Graduação em Ciências Sociais (UFC). Mestrado e Doutorado em Sociologia (UFC).

Contato: cleytonmonte@ufc.br