



PROCURADORIA JURÍDICA

PARECER Nº 140

PROJETO DE LEI Nº 12.243

PROCESSO Nº77.659

De autoria do Vereador **ROMILDO ANTONIO DA SILVA**, o presente projeto de lei veda, em estabelecimentos comerciais, conferências de mercadorias adquiridas, após seu pagamento e liberação, nos caixas registradores.

A propositura encontra sua justificativa às fls. 04.

É o relatório.

PARECER:

O presente projeto busca vedar a conferência de mercadorias adquiridas na saída dos estabelecimentos após o devido pagamento, cujo tema, em tese, revolve matéria de interesse local (art. 30, I, CF/88) e proteção ao consumidor, podendo, desta forma, o Município ser competente para legislar.

A priori, matérias versando sobre competência local e direito consumerista se insere na órbita de competência municipal (artigo 30, inciso I, da CF). Nesse sentido já decidiu o **E. STF: RE 432.789**, rel. min. **Eros Grau**, j. 14-6-2005, 1ª T, DJ de 7-10-2005; **RE 285.492 AgR**, rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 28-8-2012; e, **RE 610.221 RG**, rel. min. **Ellen Gracie**, j. 29-4-2010, P, DJE de 20-8-2010, com repercussão geral (*rectius*, no sentido de que matéria de interesse local e de proteção ao consumidor é de competência legislativa do Município).

Porém, o projeto é inconstitucional, por estiolar os limites materiais postos no artigo 30, incisos I e II, da CF/88.

Da matéria de interesse local.

Os Municípios têm autonomia para regular o tema de interesse local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local,



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

conforme E STF: **AI 622.405 AgR**, rel. min. **Eros Grau**, j. 22-5-2007, 2ª T, DJ de 15-6-2007; **AI 729.307 ED**, rel. min. **Cármem Lúcia**, j. 27-10-2009, 1ª T, DJE de 4-12-2009; e, **ADI 3.731 MC**, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 29-8-2007, P, DJ de 11-10-2007.

Porém este o Município é competente para legislar sobre matéria atinente a seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados, (cfe. **STF, RE 633548 AgR**, Relator(a): Min. **EDSON FACHIN**, Segunda Turma, julgado em 31/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017).

Neste caso, apenas podemos apontar que o tema é de interesse local se houver harmonia da propositura com o CDC (direito consumerista), ou seja, a existência de constrangimento do consumidor (cfe. consta da justificativa de fls. 04, primeiro parágrafo).

A expressão “interesse local” não possui univocidade na doutrina, conforme ensinanças de Patricia Silveira:

“... a terminologia interesse local implica redução da competência municipal pois, na medida em que determinada questão interessar ao Estado-Membro, a regulação da mesma passa a pertencer-lhe. Isto porque, nesse caso, acredita-se que o campo do peculiar interesse é o que significa preponderância e não exclusividade.

Em sentido diametralmente oposto, há quem sustente uma ampliação do âmbito de competência dos Municípios e que agora os mesmos não necessitam demonstrar que dada matéria é de seu peculiar interesse, este mais restrito que interesse local.” (SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Competência Ambiental. Curitiba: Juruá, 2003, páginas 73/74)

O entendimento do E. STF, em nosso visó, aponta para ideia de que o “interesse local” desvela a preponderância de interesse do Município e não a exclusividade temática já que deve ser harmônico com o estabelecido pelos demais entes federativos.



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

Assim sendo devemos observar qual o entendimento dos demais entes (e seus respectivos órgãos legislativo, executivo e judiciário) sobre a caracterização prática abusiva por parte de estabelecimentos comerciais que promovem a conferência de mercadoria, após seu pagamento pelo consumidor.

Notamos que o caso alcança, em especial, as empresas atacadistas do país, conforme pesquisa de jurisprudência sobre o tema.

Do posicionamento jurisprudencial do tema à luz do CDC.

O E. TJ/SP, em julgado datado de 2004, diante de caso idêntico, analisado em sede de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Estado em face de Makro Atacadista S/A entendeu, por maioria de votos, entendeu que a prática era constrangedora, a violar a intimidade, a privacidade, o direito de locomoção e de propriedade do consumidor (**TJ/SP**, 5ª Câmara de Direito Privado, **Apelação Cível nº 315.309.4/7-00**, rel. Des. Marcus Andrade, j. 09.06.2004 – **juntamos cópia**) .

O voto divergente, da lavra do Des. Carlos Renato de Azevedo Ferreira, entendeu que não havia na prática violação a intimidade, o direito de propriedade e não tinha viés discriminatório.

Percebe-se que o tema já era tormentoso em 2004.

Posteriormente, os Tribunais passaram a acolher o entendimento da **não caracterização prática abusiva por parte de estabelecimentos comerciais que promovem a conferência de mercadoria, após seu pagamento pelo consumidor:**



Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA CONSTITUCIONAL CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS APÓS O PAGAMENTO. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA ABUSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA. CASSAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. PRECEDENTES (TJRN – Agravo de Instrumento nº 2006.007414-4. Rel. Desº João Rebouças, DJ 17/04/2007)

(...)

Compulsando-se os autos, tenho que a conferência de mercadorias realizada pela ora recorrente, não agredi a dignidade dos consumidores, ou eventual direito destes, pelo menos não da forma como se realiza.

Ainda que o controle possa ser feito de outras maneiras, não significa que da forma que é realizada, seja ilegal ou cause constrangimento aos consumidores.

Conforme relatado, tem-se que a conferência de mercadorias ocorre após a passagem e necessário pagamento das mesmas no caixa. Contudo, repita-se, tal ato, por si só, não configura prática comercial abusiva, ainda mais quando não comprovado que tal conduta ocorra de maneira indevida.

Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

EMENTA PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Sistema de conferência de mercadorias – Havendo contrato anterior versando sobre as condições em que se dariam suas relações de compra e venda, não se constata onde lastrearia a



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

irresignação – princípio da força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda*. Efeito suspensivo concedido.

(TJ do Estado de Alagoas. AI nº 2005.001115-5. DP 15/06/2005. REL. Desº Mário Casado Ramalho)

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

EMENTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS SUPERMERCADO OU LOJAS DE ATACADO, MERA ROTINA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE VIGILÂNCIA. NÃO OFENDE HONRA DO CONSUMIDOR, NEM VIOLA DIREITO FUNDAMENTAL. 1 – A conferência das mercadorias adquiridas tem como objeto verificar a regularidade dos produtos entregues ao comprador ante ao que consta da nota fiscal expedida, tratando-se de rotina que não pode ser considerada ofensiva à honra do consumidor. 2 – Ademais, a prática de revista de mercadorias pelos supermercados, em tese, dá-se com base no exercício do direito de vigilância e proteção ao patrimônio, o que não se constitui em ilegalidade e nem implica em violação de direito fundamental. 3 – Recurso não provido. Sentença mantida (TJDFT 2007.011.0008852, APC, Relatora Iracema Miranda e Silva. DJ 14/07/2008)

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0003726-21.2010.805.0000-0 – EUNÁPOLIS

AGRAVANTE: ATACADÃO – DISTR. COM. E IND. LTDA

AGRAVADO : ORDEM DOS ADVOGADO DO BRASIL – SUBSEÇÃO DE EUNAPÓLIS

RELATORA : DESª MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFERIMENTO DE LIMINAR PARA DETERMINAR A SUSTAÇÃO DO



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

PROCEDIMENTO DE REVISTA DAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS NO SUPERMERCADO ATACADISTA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA – REJEITADA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NA ORIGEM. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS APÓS O EFETIVO PAGAMENTO –PRÁTICA ABRUSIVA – NÃO CARACTERIZAÇÃO. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO(grifamos)

(...)

II – Na hipótese dos autos, observa-se que a finalidade do procedimento adotado pela loja agravante é salvaguardar tanto os interesses do clientes quanto os da agravante, face a erros em que possam incorrer os operadores de caixa ou a erros de leitura de códigos de barra.

III – Tal prática é adotada em outros estabelecimentos congêneres, nacionais e estrangeiros, visando propiciar significativa redução de custos no inegável interesse do próprio consumidor.

IV – Ademais, o ato de conferir as mercadorias em estabelecimentos comerciais não pode ser considerado ilegal ou abusivo, a ponto de configurar desrespeito ao consumidor ou violência a seu direito a intimidade, inclusive pelo fato de tratar-se de um estabelecimento atacadista que, tradicionalmente, diverge do mercado tradicional de consumo, que, por sua vez, é exercido somente por Supermercados e Hipermercados.

V – Portanto, examinando a questão, entendo presentes os requisitos necessários para suspender a decisão prolatada pelo Magistrado a quo, visto que não se vislumbra ilegalidade ou abuso na conduta rotineiro de caráter geral e preventivo de conferência de mercadorias, não ferindo o direito à intimidade e tampouco, à dignidade dos consumidores. É importante ressaltar que o consumidor é informado, através de placas, os benefícios da conferência das mercadorias.

VI – Decisão reformada. Agravo provido



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

(...)

A Procuradoria de Justiça (fls. 181) manifesta-se no sentido de que: “De fato, na situação em questão há, unicamente, uma dupla comparação entre a mercadoria e o preço, o que pode vir a ser benéfico ao próprio consumidor nas situações em que houver erro de leitura do código de barras efetuado de forma magnética. Nota-se, portanto, que aludida revista, ao que tudo indica, é feita de forma indiscriminada entre os clientes, sem qualquer conotação coercitiva ou de desconfiança, nem mesmo de forma discriminatória, não se confundindo, ademais, com a abordagem pessoal. Dessa forma, dimanada deste feito, que não há porque se concluir que se configurou vexame, constrangimento ou agressão à dignidade do consumidor, que tem plena liberdade de comprar ou não os produtos no estabelecimento ou em qualquer outro concorrente que não trabalhe com o sistema de conferência.”

O processo julgado pelo E. TJ/SP (TJ/SP, 5ª Câmara de Direito Privado, **Apelação Cível nº 315.309.4/7-00**, rel. Des. Marcus Andrade, j. 09.06.2004), supracitado, chegou em sede recursal, ao E. STJ e culminou com entendimento que tal ato, por si só, não configura prática comercial abusiva, pois a proteção da boa-fé nas relações de consumo, não envolve necessariamente favorecimento indiscriminado do consumidor em detrimento de direitos igualmente outorgados ao fornecedor.

Eis a ementa do julgado do E. STJ:

“RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.113 - SP (2009/0016104-0)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTRO(S)
J. 15/02/2011



EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS NA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, APÓS REGULAR PAGAMENTO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE VIGILÂNCIA E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO. MERO DESCONFORTO. ABUSIVIDADE DA CONDUTA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.

1. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo deve sempre almejar o desejável equilíbrio da relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor. A proteção da boa-fé nas relações de consumo não equivale a favorecer indiscriminadamente o consumidor, em detrimento de direitos igualmente outorgados ao fornecedor.

2. A prática da conferência indistinta de mercadorias pelos estabelecimentos comerciais, após a consumação da venda, é em princípio lícito e tem como base o exercício do direito de vigilância e proteção ao patrimônio, razão pela qual não constitui, por si só, prática abusiva. Se a revista dos bens adquiridos é realizada em observância aos limites da urbanidade e civilidade, constitui mero desconforto, a que atualmente a grande maioria dos consumidores se submete, em nome da segurança.

3. Recurso especial a que se nega provimento.” **(juntamos cópia)**.

Nesse sentido, vale a pena destacar que para a Ministra RELATORA, Nancy Andrichi, as dificuldades da vida moderna e as próprias características das relações comerciais impõem aos grandes estabelecimentos a utilização de equipamentos ou sistemas de segurança, atualmente bastante difundidos, compreendidos e aceitos pela grande maioria dos consumidores.

E ainda a Ministra ponderou, ainda, que **“qualquer consumidor habituado a frequentar grandes estabelecimentos comerciais têm consciência dos equipamentos e procedimentos utilizados pelos fornecedores no**



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

exercício de seu direito de vigilância e proteção do patrimônio, sem que se possa cogitar de má-fé do fornecedor”.

Com isso, ela concluiu que ***“a mera vitória das mercadorias na saída do estabelecimento não configura ofensa automática à boa-fé do consumidor”.***

Da mesma forma, no ano de 2015, o E. STJ proferiu decisão no mesmo sentido ao negar seguimento a um recurso especial versando sobre caso idêntico:

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 308.440 – MT (2013/0062321-7)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

AGRAVANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO

AGRAVADO : ATACADÃO – DISTR. COM. E IND. LTDA.

ADVOGADOS: SÉRGIO GARCIA MARTINS ROBERTO DE SETTI LATANCE E OUTRO(S)

EMENTA CONSUMIDOR. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR EM TUTELA ANTECIPADA CASSADA. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS DE FORMA DISCRETA E INDISCRIMINADA. INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA ABUSIVA. REVER ACÓRDÃO RECORRIDO IMPORTA EM REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (**juntamos cópia**) .
DECISÃO

“Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu o recurso especial apresentado pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal. Atacadão, Distribuidora e Comércio Ltda. interpôs agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão que concedeu tutela antecipada para determinar que o requerido se abstinhasse de conferir as compras de seus estabelecimentos, sob pena de multa diária de dez mil reais, ficando o acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 22-223):



RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AJUIZAMENTO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO – PRELIMINAR DE CONVERSÃO EM AGRAVO RETIDO E ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA DEFENSORIA PÚBLICA – REJEITADAS – MÉRITO – EMPRESA QUE REALIZA CONFERÊNCIA, APÓS O PAGAMENTO, NAS MERCADORIAS DOS CONSUMIDORES NA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO – ALEGAÇÃO DE PRÁTICA ABUSIVA AFASTADA CONFERÊNCIA DISCRETA E INDISCRIMINADA, ENDEREÇADA A TODOS OS CLIENTES – MERO DESCONFORTO INERENTE AO DIA-A-DIA – RECURSO PROVIDO (grifamos)

“(…) O indeferimento de liminar no recurso de agravo de instrumento não torna obrigatória a sua conversão em retido. Dispositivos infraconstitucionais e, também, constitucionais conferem à Defensoria Pública legitimação ativa ampla para patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, conforme suas funções institucionais, ficando reconhecido, porém, o limitador de natureza subjetiva quanto aos eventualmente favorecidos pela sentença de procedência que será o das pessoas que comprovarem ser necessitados em fase de liquidação e execução. O sistema de conferência de mercadorias adquiridas pelos clientes não pode ser considerado vexatório e constrangedor, não configurando ofensa às normas dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor (…)”

“(…) Sobre a questão, assim, se pronunciou o Tribunal estadual: “A pratica da requerida, assim como de outros estabelecimentos que atuam no ramo atacadista, de conferir a mercadoria adquirida pelo clientes não pode ser considerada vexatória e constrangedora, não configurando ofensa às normas dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor. O que se observa, no caso em apreço, é que o sistema de conferência de mercadorias adotado não possui caráter acusatório nem tampouco , discriminatório, pois é exercido dentro dos limites legais, de forma ética e



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

habitual, sem nenhuma lesão ao direito à intimidade nem, ao menos, causador de constrangimento para seus clientes. Se assim o fosse, não teriam capitado clientes e ganhado mercado, sendo uma das maiores empresas atacadistas do País. Ademais, a meu ver, o sistema de conferência tem o condão de assegurar ao consumidor a certeza de estar levando todos os produtos adquiridos, pois as notas fiscais emitidas no caixa discriminam detalhadamente todas as mercadorias pagas sendo feita sua conferência, de modo rápido e eficaz.” (...)’

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 27 de março de 2015”.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator”

O entendimento majoritário do Poder Judiciário, portanto, é no sentido de que não há prática abusiva, à luz do CDC (em especial), por parte de estabelecimentos que promovem a verificação de mercadorias após seu pagamento.

Logo, não há como exercitar a competência municipal (artigo 30, inciso I, da CF), **sem levar em conta tal entendimento do Poder Judiciário**, pois o interesse local é externado, com constitucionalidade, somente se a propositura for harmônica com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados, (cfe. STF, **RE 633548 AgR**, Relator(a): Min. **EDSON FACHIN**, Segunda Turma, julgado em 31/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017), algo que não ocorre na espécie.

Dessa forma, o que o projeto busca é inovação da ordem jurídica estabelecendo entendimento contrário ao entendimento pretoriano, portanto, não há o que se falar em materialização de interesse local (artigo 30, inciso I, da CF/88), muito menos de suplementação de legislação federal sobre o Código de Defesa do Consumidor (art. 30,II, CF/88), vez que não há resíduo legislativo a ser suplementado, no caso presente.



Câmara Municipal de Jundiaí
São Paulo

Conclusão

Logo o projeto, malgrado sua elevada intenção, é inconstitucional, pelos motivos expostos (extrapolação da competência constitucional para legislar sobre interesse local ou suplementar a legislação federal ou estadual).

Pondere-se que a conversão do projeto em lei acarretaria a multiplicação de processos judiciais em nossa comuna, vez que a lei municipal, para além de ser inconstitucional, contrariará entendimento do Poder Judiciário (órgão que pode reconhecer a inconstitucionalidade da norma, pela via difusa ou concentrada)


Comissões a serem ouvidas

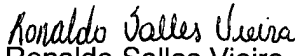
Nos termos do inc. I do art. 139 do Regimento Interno da Edilidade, sugerimos somente a oitiva da Comissão de Justiça e Redação.


L.O.M.).


QUORUM: maioria simples (art. 44, "caput",

Jundiaí, 25 de abril de 2017.


Fábio Nadal Pedro
Procurador-Geral


Ronaldo Salles Vieira
Procurador Jurídico


Elvís Brassaroto Aleixo
Estagiário de Direito


Júlia Arruda
Estagiária de Direito

Douglas Alves Cardoso
Estagiário de Direito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

17

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



00740010

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Pretensão a condenar empresa atacadista à obrigação de não fazer, abstendo-se de compelir seus consumidores à revista das compras, que realizaram, após a aquisição nas caixas registradoras, quando normalmente a conferência é feita, e antes da saída do estabelecimento - Conduta constrangedora, a violar a intimidade e a privacidade, além da afronta à livre locomoção e ao direito de propriedade, eis que consumada a tradição - Inocorrência de consentimento tácito, face a imperatividade da conduta, impedindo a recusa - Procedência, em parte, para tornar facultativa a medida, a ela se submetendo o consumidor, caso queira.

MINISTÉRIO PÚBLICO - Legitimidade ativa - Arts. 81, III, 82, I e 91 do Código de Defesa do Consumidor - Tutela de valores individuais homogêneos, de origem comum - Interesse de agir, também, presente, por ser a prestação jurisdicional apta e útil à tutela objetiva da pretensão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CIVEL nº 315.309.4/7-00**, da Comarca de **SÃO BERNARDO DO CAMPO**, em que é apelante **MINISTÉRIO PÚBLICO** e apelada **MAKRO ATACADISTA S/A**.

Acordam em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento, em parte, à apelação.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Makro Atacadista S/A. Pede a condenação da empresa à obrigação de não fazer, consistente na proibição da realização de revistas ou de conferências das compras das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

peessoas, que adquiram mercadorias em suas lojas, em qualquer momento ou lugar de seus estabelecimentos, exceto junto aos caixas registradores, concomitantemente ao lançamento dessas mercadorias pelos mencionados caixas, aplicada multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), reajustáveis pelos índices oficiais adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para cada conferência ou revista realizada em desobediência ao pedido, quantia a ser depositada no fundo criado pela lei estadual 6.536, de 13 de novembro de 1.989. Pleiteou, ainda, a condenação da empresa a ressarcir os consumidores e não consumidores, que adquirirem mercadorias em seus estabelecimentos, em razão da desobediência dos pedidos, liminar e principal, deduzidos, especificamente nos itens 98,1 e 99,1, no "quantum" de R\$ 1.000,00 (mil reais), mais o valor das mercadorias adquiridas, apontadas na nota fiscal ou documento similar idôneo para comprovar a aquisição, reajustáveis pelos índices oficiais adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tomando-se por termo inicial, para cálculo do reajuste, a data da propositura da ação, exclusivamente na hipótese em que os adquirentes de mercadorias comercializadas pela ré, consoante consta de seu objeto social, renunciem expressamente ao direito de postular maior indenização, aderindo, expressamente, ao teor do pedido deduzido. A r. sentença, de relatório adotado, julgou-a improcedente. Apelou o vencido, propugnando pela reforma, na íntegra. Preparo dispensado. Em contra razões, Makro Atacadista S/A, reiterou as preliminares argüidas em contestação, de ilegitimidade ativa e falta de interesse processual do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

Ministério Público. Parecer, da douta Procuradoria de Justiça, pela procedência.

É o relatório.

Na conformidade da compreensão sobre o tema estabelecido no agravo de instrumento nº 252.684.4/9, a conduta da empresa ré, efetivamente, afronta a tutela constitucional da propriedade e da livre locomoção e, em um contexto mais amplo, pelo constrangimento que causa, a intimidade e a privacidade dos consumidores. Já efetuaram suas compras e passaram pela fiscalização que, normalmente, se faz no caixa do estabelecimento. A partir daí, os objetos comprados, pela tradição, ingressam em suas propriedades e não mais se autoriza a conferência. Só o ato de verificação dos bens adquiridos, no confronto dos itens da nota fiscal, já constitui um constrangimento indevido. Nem se percebe, ademais, no que essa vistoria estaria beneficiando o consumidor. Ela é em si, dentro dos princípios que norteiam a legislação consumerista, abusiva e traduz um ato de prepotência. Tão-somente beneficia os interesses da empresa que, assim, dispõe e impõe.

Cumpra anotar que, nos contratos de compra e venda, o vendedor se obriga a transferir o domínio mediante o pagamento do preço. Efetivado este, a transmissão é obrigatória, podendo, quando muito, ser pactuada forma especial de tradição. No que pertine à propriedade do bem, o contrato em questão se caracteriza como de execução imediata, logo, não havendo que se falar em, ainda, pertencer ao Makro "o bem adquirido", mesmo após o pagamento e sua entrega ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

comprador. Busca a recorrida uma nuance na perspectiva de que, enquanto não realizada a segunda conferência, condicionando a saída da mercadoria do estabelecimento, ela continua de sua propriedade, porque ainda não transmitida ao consumidor. Mas concretamente, não é o que ocorre, pois na caixa registradora, os bens adquiridos são efetivamente transferidos ao consumidor, sob fiscalização da empresa-ré. Há nesse momento uma tradição efetiva, que não pode ser obliterada, sob pena de se desconhecer a realidade das coisas. Diversa seria a situação se a primeira conferência se desse antes do caixa, quando relacionadas as mercadorias e outra se verificasse na oportunidade do pagamento. Não há convenção (ou convenções) de transmissão posterior, explícita ou implícita, para lembrar a exceção diagnosticada por Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, 2ª edição, 1.962, tomo XXXIX, pág. 13. Não há um acordo de transmissão de posse ou de propriedade para diferi-la a um momento posterior. A tradição se efetua no caixa, quando do pagamento, e, então, os bens passam à esfera patrimonial do comprador. Anote-se, que os comunicados ou avisos que estão inseridos em cartazes na entrada do estabelecimento, noticiando a segunda conferência, não comportam ser dimensionados como condição aceita pelo consumidor de que sua posse e propriedade sobre os bens adquiridos só ocorrerá, após o pagamento e a fiscalização a ser realizada na saída do prédio da empresa. Tal posicionamento afronta o próprio Código Civil ao dispor que o domínio da coisa móvel se adquire pela tradição. Na espécie, não se apresentam as hipóteses, em que a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

tradição, pela própria natureza do negócio, não se faz no momento do pagamento e da entrega da coisa.

Há que considerar, ademais, o artigo 113, do Código Civil de 2.002: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" (in "Estudos Preliminares do Código Civil" Miguel Reale, Editora Revista dos Tribunais, 2.003, São Paulo). A intenção, do novo Código Civil, como afirma o eminente jurista, seu principal mentor, foi a de dispensar privilegiado tratamento à fonte negocial, haja vista produzir-se em vontade emergente da própria sociedade civil, realçando que, no que concerne ao negócio jurídico, o que prevalece no novo diploma, não é a declaração de vontades, mas sim, o encontro das vontades. Da boa-fé deve se revestir o negócio jurídico, atributo, também, presente na plenitude da relação contratual, desta integrantes as fases que a antecedem e a sucedem. Portanto, não se justifica a má-fé, que se atribui ao comprador, após a aquisição das mercadorias no caixa da empresa-ré, a ponto de submetê-lo a uma nova vistoria e fiscalização, em confronto com a nota fiscal, reiterando o proceder de vigilância realizado no caixa.

Há uma inversão de valores que ofende ao consumidor, compelindo-o a se submeter a uma prática que a lei não lhe impõe. Os empregados da sociedade-ré não têm o poder de polícia, por não serem autoridades ou seus agentes. A relação juridico-contratual de compra e venda de bens móveis se exauriu. No caso concreto, em que esse negócio jurídico é puro, sem estar abrangido por qualquer das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

especialidades legais, que conduzem a tradição para um momento posterior, o domínio dos bens se fez de imediato. Presente, destarte, a boa-fé do consumidor, que já pagou, não se podendo presumir sua má-fé, como inescandivelmente o faz a empresa recorrida.

Nem procede o argumento, de que jamais houve queixas e que esta seria a primeira reclamação, o que, entretanto, não parece ser de todo exato, ante a notícia de controvérsia semelhante havida em estabelecimento da Makro Atacadista em outro Estado da Federação. De qualquer modo, a repetição do ilícito não o torna lícito e se muitas vezes as pessoas, até mesmo por comodidade, resolvem absorver a ofensa sofrida, o estigma, em si, não desaparece.

Surge questão que se mostra fundamental: e se o cliente se nega a permitir essa conferência ou vistoria? A respeito do tópico nenhuma a manifestação da agravada, a fazer crer que, na hipótese, serão empregados meios coercitivos direcionados à sua submissão. Aliás, o quadro informativo que visa transmitir a seus clientes a consecução dessa medida tem os dizeres seguintes: "Para mútua segurança sua compra será conferida com a nota fiscal na saída da loja por nossos conferentes". Essa informação, cumpre ressaltar, expressa a tradição dos bens e é correta ao mencionar que a compra já se efetivou, quando da segunda conferência. Em outro ângulo, o aviso maliciosamente lacunoso, porque não detalha qual a vantagem ou segurança do consumidor, que está sendo almejada, ferindo, assim, sua vulnerabilidade, prevista no artigo 4º, do Código de Defesa do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

Consumidor. A redação é imperativa ao comunicar, incontrastavelmente, que haverá a conferência. O quadro, além de não explicar no que contribuiria para segurança do cliente essa conferência, deveria assegurar ser ela facultativa. Contudo, não é o que ocorre de sua leitura. Tal imposição afigura-se odiosa e, realmente, atinge não só o direito à propriedade, como também a liberdade de locomoção dos compradores, vinculados a permanecerem em fila, à disposição daqueles que irão proceder ao exame das mercadorias, que já adquiriram e que lhes pertencem. Tal constrangimento tem fundo reflexo na intimidade e na privacidade dos adquirentes. Certa e inquestionável a afirmação de que a livre iniciativa tem amparo na Carta Magna, alçada à categoria de direito fundamental. Todavia, a livre iniciativa não é um absoluto. Deve ser relativizada e compatibilizada a outros direitos fundamentais de proteção ao ser humano, como a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade, prioridades básicas a serem protegidas de constrangimento ilegal, derivado e com suporte em interesses comerciais e financeiros. O balanço deve ser em concreto, considerada a ordem axiológica e, por conseguinte, o respeito a pessoa humana e seus valores não pode ser submetido aos propósitos de caráter meramente patrimonial. O princípio da socialidade, um dos pilares do Código Civil de 2.002, implica, justamente, na função social, que faz prevalecer a boa-fé nas relações contratuais. Inquestionável e constitucional é o direito da empresa ré em gerir e operacionalizar seu negócio de forma peculiar. No entanto, se lhe é dado direito de estabelecer condições *sine qua non* para que o contrato



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

se aperfeiçoe, em respeito ao princípio da socialidade e em obediência ao estatuído na Constituição da República, ao assegurar e garantir os direitos fundamentais, bem como ao disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, igualmente lhe corresponde o dever de informação total ao consumidor, dos direitos e obrigações, comutativamente equilibrados, inerentes ao negócio. Mesmo que firmado contrato (com o cadastramento do cliente), dispondo pela vistoria pós aquisição das mercadorias e produtos, a cláusula de adesão estaria com sua validade comprometida, não só por violar as normas constitucionais inerentes à liberdade e à propriedade, mas também por estabelecer obrigação iníqua, abusiva, por sujeitá-lo a um constrangimento indevido e colocando-o em desvantagem exagerada, quebrado, em seu prejuízo, o equilíbrio que deve lastrear as relações entre fornecedor e consumidor. No caso concreto, nada há de equitativo, prevalecendo a potestatividade da empresa, tão-apenas.

Dir-se-á que ao consumidor assiste a liberdade de não comprar no estabelecimento da requerida. A assertiva é inócua, porque a tutela deve abranger os que o freqüentam e adquirem bens de consumo, os quais, nem por isso, poderão ficar desprovidos da tutela constitucional e legal enunciada. Essa tutela, ademais, transcende a pessoa que deu margem à providência ministerial, em virtude de compreender todos os consumidores, em suas individualidades. Aliás, admitindo-se que o queixoso tenha retornado às compras na empresa ré, fato indemonstrado, tal comportamento não implica, lógica e necessariamente, perdão em sua analogia penal. Inviável o descarte de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

outros fatores, preponderantes, sem que obliterado o sentimento que o levou ao reclamo.

Irrelevante, outrossim, a argumentação, de que muitos daqueles que adquirem mercadorias o fazem em grande quantidade e as deixam depositadas no estabelecimento para, posteriormente, mandarem retirá-las. Mas este é um caso diverso. A proteção que se busca, aqui, é a individual homogênea, direcionada àqueles que fazem suas compras e, em seguida, dirigem-se à saída do supermercado atacadista com elas. Tais compras, a essa altura, já estão incluídas nas respectivas esferas de domínio e, exatamente, por essa razão, não podem ser submetidas a qualquer revista compulsória e imperativa, em nome dos interesses da empresa.

Passa-se, por derradeiro, ao exame das preliminares deduzidas em contestação, por força do requerido, expressamente, em contra-razões, posicionada na eventualidade da reforma, ainda que parcial, da sentença.

O Ministério Público está legitimado ativamente a esta ação pública, mais precisamente, ação coletiva, fundamentada no inciso III, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor. Os interesses tutelados não se situam entre os difusos, ou seja, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Também não se tratam de direitos coletivos, de que sejam titulares, grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10

Restam os interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum. Pertencem aos consumidores da empresa, sujeitos a revista ou conferência das mercadorias, depois de pagas e à saída do estabelecimento, o que, segundo a inicial da demanda, afrontaria direitos fundamentais seus. Nesse prisma, admite-se a legitimidade ativa do Ministério Público, por força dos artigos 82, inciso I e 91 da lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990. Desimportante, em atenção ao alegado pela sociedade agravada, a classificação que se dê ao direito de não ser constrangido na livre locomoção e no exercício da propriedade sobre seus bens, com a invasão da intimidade e da privacidade. O essencial é que, abarcando interesses ou direitos individuais, estes poderão ser exercidos através de ação individual, mas também mediante ação coletiva, desde que homogêneos e derivados de origem comum. Tais pressupostos têm seus contornos bem definidos, pela similitude da situação à qual submetidos os consumidores do estabelecimento e pelo fato lesivo comum, consistente na revista ou conferência¹. Doutro turno, patente a relevância social do bem jurídico que, de modo coletivo, se quer tutelar, por vinculado aos direitos fundamentais do ser humano,

¹ "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Editora Forense Universitária, 6ª edição, 1.999, artigo de Kazuo Watanabe, pág. 722: "E nos interesses ou direitos individuais homogêneos, também poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica base anterior. O que importa é que sejam todos os interesses individuais "decorrentes de origem comum". O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão. Essa relação jurídica nascida da lesão, ao contrário do que acontece com os interesses ou direitos "difusos" ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11

ainda que se trate de direitos privados disponíveis. Ajustada, assim, a pertinência subjetiva do Ministério Público².

E nessa mesma ordem de raciocínio, patente o interesse de agir, por ser a prestação jurisdicional pretendida apta e útil à tutela objetiva da pretensão.

Não se justifica, porém, a acolhida total, proibindo Makro Atacadista S.A. à conferência e vistoria dos produtos já alienados, considerado, inclusive, que podem se tratar de vendas mercantis em grandes partidas. O que impõe-se vedar e impedir é a compulsoriedade dessa prática, obrigando e sujeitando a todos os compradores. A tutela dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais elencados exige, primariamente, que a estes últimos seja assegurada a liberdade de escolha, o que os colocará a salvo de qualquer comportamento potestativo, iníquo ou abusivo. Com a liberdade de opção caber-lhes-á admitir, ou não, a revista de seus bens. O exercício dessa faculdade não poderá sofrer pressão de espécie alguma e caso preferam não submeter-

² *Ob. citada*, artigo de Ada Pellegrini Grinover, pág. 772: "Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição. (...) Nem se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito que talvez não queiram eles exercer. A sentença condenatória, na técnica brasileira, apenas reconhece a existência do dano genérico e o dever de indenizar. Caberá à iniciativa de cada beneficiário habilitar-se à liquidação da sentença, incumbindo-lhe provar ainda a existência do dano pessoal, seu nexu etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença e quantificar o montante da indenização. Respeita-se, assim, a autonomia da vontade de cada indivíduo que, se não quiser fruir do direito que lhe foi reconhecido, simplesmente não o exercerá".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12

se, à sociedade recorrida competirá respeitar essa deliberação, permitindo-lhes a saída sem entraves ou percalços.

O provimento, frente a todo o deduzido, é parcial, determinado que a agravada não torne obrigatória a conferência dos produtos vendidos e já de posse de seus compradores e consumidores, na saída do estabelecimento ou em outro qualquer local dele, a não ser quando da passagem pelas caixas registradoras, facultando e tornando livre ao cliente a opção pela conferência ou não. Se, realmente, houver interesse para ele e para sua segurança, caberá ao comprador manifestar a escolha pela conferência, perante os empregados da empresa, que estejam postados para tanto. Fica determinado que os quadros de aviso a serem colocados na loja deverão conter disposição no sentido de que a revista ou conferência com a nota fiscal na saída, ficará a critério dos consumidores, ressaltado que de forma alguma é obrigatória ou imperativa. As bancadas para essa revista ou conferência, nas quais posicionados os funcionários da agravada, não deverão ser colocadas em lugar que dificulte a saída dos consumidores com suas compras, mas sim nas laterais, sem obstrução das portas, à disposição daqueles que voluntariamente, sem qualquer pressão, queiram a tanto se submeter. Para o caso de desobediência ao preceito fica culminada multa de R\$100.000,00, reajustáveis pelos índices oficiais adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para cada conferência ou revista das mercadorias adquiridas pelos seus clientes, depositado o valor da penalidade no fundo, disciplinado no artigo 13, da lei 7.347/85



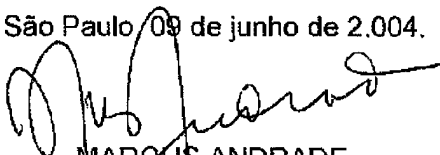
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13

(artigo 100, parágrafo único, da lei 8.078/90). O provimento parcial, agora estabelecido, não obsta a procedência da ação para condenar genericamente a ré Makro Atacadista S/A (artigo 95, da lei 8.078, de 1.990) a ressarcir consumidores e não consumidores que adquirirem mercadorias em seus estabelecimentos, em razão da desobediência do comando deste julgado, no quantum de R\$1.000,00, mais o valor das mercadorias adquiridas, reajustáveis pelos índices do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da publicação do acórdão, exclusivamente na hipótese dos adquirentes renunciarem expressamente ao direito de postular maior indenização, aderindo expressamente ao teor do pedido neste tópico. A empresa-ré ainda deverá arcar com as custas da publicação no órgão oficial do edital previsto no artigo 94, do Código de Defesa do Consumidor, a fim de que eventuais interessados possam ingressar como litisconsortes.

Participaram do julgamento os Desembargadores
CARLOS RENATO, vencido e RODRIGUES DE CARVALHO, vencedor.

São Paulo, 09 de junho de 2.004.


MARCUS ANDRADE
Presidente e relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº: 315.309.4/7
COMARCA: SÃO BERNARDO DO CAMPO
APELANTE – MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO – MAKRO ATACADISTA S.A.

VOTO 9388

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

1.) Preservadas as eruditas razões elencadas no voto do I. Relator Desembargador MARCUS ANDRADE que, sem dúvida, honra e dignifica a magistratura nacional e desponta na Academia Paulista de Magistrados, o meu convencimento direciona-se para a manutenção da sentença.

2.) No meu sentir o núcleo da questão não está sendo enfocado com clareza precisa, desenfoque este que conduz a ilação diversa que decorreria naturalmente de seus suportes fáticos e legais.

3.) Deve-se, de início, afastar a idéia de violação à intimidade.

A conferência posterior da mercadoria adquirida, como método adotado pelo apelado, não atinge, em seu sentido estrito, a intimidade do adquirente.

Esta não é violada, pois não explicita a vida privada e seu direito a não divulgação e conhecimento.

Portanto, não fere, também, a privacidade, mesmo porque não há "revista" da pessoa, mas mera conferência do produto que se encontra ainda na "gôndola" do estabelecimento apelado.

4.) Igualmente, a circunstância de o objeto já ser de propriedade do adquirente, ou não, parece de pouca relevância à resultante final.

A conferência feita, antes ou depois de paga a mercadoria, se discriminatória, é igualmente ofensiva.

5.) E é certamente este o ponto contundente da controvérsia: o ato da conferência, da forma como realizada, ofende a honra do consumidor?



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É exatamente a esta questão, - e em seus restritos limites - que objetivamente se há de responder.

O termo "objetivamente" ora empregado o é no sentido "concreto" do ato "in fieri", em sua realização, de acordo como a vê a "práxis social", com o conceito e suscetibilidade com relação ao ato dito ofensivo hipoteticamente praticado.

6.) Firmado, assim, o efetivo motivo da controvérsia, impõe-se verificar as motivações e argumentos que a sustentam.

7.) "O ato praticado é discriminatório, até por ser unilateral".

Este argumento, como posto, não está espelhando a realidade dos fatos.

Primeiro, por não ser a conferência aleatória para certas pessoas, mas feitas nas gôndolas de todos os consumidores.

Segundo, por constar de todos os contratos dos consumidores (o que pode ser contestado por tratar-se de adesão), e, também, de avisos "comunicativos" da conferência, de sua realização na "universalidade" dos clientes, dos consumidores.

Logo, a unilateralidade cede, pois, de antemão, sabe o consumidor da conferência e a ela adere, com ela concorda.

De sua inteira liberdade a opção de ali adquirir as mercadorias.

Ninguém está obrigado a adquirir mercadorias nos estabelecimentos do apelado.

Se o faz, tendo plena consciência da conferência, o faz com total liberdade, dentro de sua opção, de sua vontade, a qual, em nada, tolhida.

8.) "O ato praticado é injurioso (injúria real)".

Também esta fundamentação não resiste a uma análise mesmo superficial.

Se não, vejamos.

Parece notória a objetividade da operação, que não visa, assim, ofender o consumidor.

É a apelada uma empresa, sobretudo, atacadista, com contrato com pessoas certas, previamente cadastradas, o que elimina a "desconfiança" insinuada.

Se o ato praticado é de conhecimento prévio, com relação a todos os clientes, de operacionalidade nitidamente objetiva, evidente que não é injurioso.

Nem se pode alegar constrangimento em razão da segunda conferência (após a realizada no caixa quando do pagamento), pois, de conhecimento prévio e implicitamente consentida.

Em razão do comportamento claro, transparente do apelado, visto não ser discriminatório, há de se prestigiar na relação negocial entre as partes, a certeza jurídica, consubstanciada no princípio máximo do valor axiológico das seguranças negocial e jurídica, reflexo da estabilidade social.

9.) Do parecer acostado aos autos, da lavra do jusfilósofo MIGUEL REALE, glória das letras jurídicas internacionais, imprescindível a transcrição e adoção dos seguintes tópicos:-

"...4. Completando o quadro constitucional no que se refere à liberdade empresarial, o qual tem como consequência lógica a liberdade contratual, impõe-se reconhecer que ela somente pode sofrer restrições nos seguintes e tão-somente nos seguintes casos de conflito com:

- a) a soberania nacional (art. 170, I);*
- b) a função social da propriedade (art. 170, II);*
- c) a livre concorrência, por abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e o aumento arbitrário dos lucros (art. 170, IV e 173, § 4º);*
- d) a tutela do direito do consumidor (art. 170, V);*
- e) a defesa do meio ambiente (art. 170, VI)...*

.....
B) Da socialidade "in concreto"

5. Conforme tenho dito e repetido, a socialidade é um dos princípios informadores do novo Código Civil.

Não se trata, porém, da socialidade "in abstracto", mas sim "in concreto", ou seja, nas circunstâncias e conjunturas em que se realiza o negócio jurídico....

.....





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não me parece, à luz do princípio de socialidade, que se pode acolher a alegada privação da intimidade, só pelo fato de se fazer uma conferência de mercadorias já pagas, pois há que se considerar estas três particularidades:

- a) a imediatidade da conferência, logo após a emissão da nota fiscal, assinalando a continuidade da fiscalização procedida no interesse tanto do vendedor como do comprador.*
- b) por tratar-se de uma empresa em geral atacadista, abrangendo grande número de mercadorias, com possibilidade de engano ao fazer-se a conferência na passagem pelo caixa.*
- c) por ter sido avisado o consumidor que haveria, depois, nova conferência.*

É óbvio que, dada a imediatidade da conferência final, jamais se poderia atribuí-la à desconfiança do consulente com relação à pessoa do consumidor, tomando-se patente a objetividade da operação: é ela mera decorrência das mutações sociais verificadas com o advento dos supermercados, caracterizados pelas compras em massa, ou seja, em grande volume..." (textual).

10.) A análise da cogitada conseqüência decorrente de eventual recusa do consumidor de submeter-se à revista ou conferência das mercadorias adquiridas permaneceu na esfera das conjecturas já que nada provado a respeito (CPC, 330, I e II).

Relevante enfatizar que o julgamento ora realizado é de um caso concreto, não podendo, pois, alastrar reflexos comportamentais de âmbito geral para qualquer dos litigantes.

11.) Ademais, para argumentar, no caso concreto, estaria configurada, no mínimo, a figura penal do perdão parcial, pois, o cidadão que deu margem à iniciativa judicial ministerial retornou à sede do apelado após a ocorrência narrada para realizar novas aquisições de bens, sabendo que a conferência na "gôndola" seria realizada, sugerindo, destarte, ausência de sentimento de ofensa ou qualquer violação aos direitos individuais.

Do exposto, pelo meu voto divergente estou mantendo a sentença.

Desembargador **CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.113 - SP (2009/0016104-0)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MAKRO ATACADISTA S/A**
ADVOGADO : **MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTRO(S)**

EMENTA

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS NA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, APÓS REGULAR PAGAMENTO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE VIGILÂNCIA E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO. MERO DESCONFORTO. ABUSIVIDADE DA CONDUTA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.

1. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo deve sempre almejar o desejável equilíbrio da relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor. A proteção da boa-fé nas relações de consumo não equivale a favorecer indiscriminadamente o consumidor, em detrimento de direitos igualmente outorgados ao fornecedor.

2. A prática da conferência indistinta de mercadorias pelos estabelecimentos comerciais, após a consumação da venda, é em princípio lícito e tem como base o exercício do direito de vigilância e proteção ao patrimônio, razão pela qual não constitui, por si só, prática abusiva. Se a revista dos bens adquiridos é realizada em observância aos limites da urbanidade e civilidade, constitui mero desconforto, a que atualmente a grande maioria dos consumidores se submete, em nome da segurança.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Dr(a). CELSO CINTRA MORI, pela parte RECORRIDA: MAKRO ATACADISTA S/A.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.113 - SP (2009/0016104-0)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADO : MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – MP/SP, com base no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

Ação: civil pública ajuizada pelo recorrente em face de MAKRO ATACADISTA S.A., cujo objeto é impedir o prosseguimento de prática comercial considerada abusiva, consistente na vistoria das mercadorias adquiridas pelos consumidores na saída do estabelecimento, após o devido pagamento e consequente tradição dos bens.

Segundo o recorrente, a fiscalização imposta pelo MAKRO coloca seus consumidores - presumivelmente vulneráveis, por força do art. 4º, I, do CDC - em desvantagem exagerada e é incompatível com o princípio da boa-fé, pois lhes impõe constrangimentos indevidos e desnecessários. Assim, “inexiste qualquer justificativa alicerçando a revista/conferência das mercadorias efetuada pela ré. Essa conduta não visa garantir a ordem pública, política, social ou democrática, a segurança pública ou a paz social. Objetiva, unicamente, a proteção de patrimônio privado, fim inapto a explicar a lesão ao direito constitucional à intimidade” (e-STJ fls. 10/53).

Sentença: a ação foi julgada improcedente, tendo em vista que “o sistema de conferência faz parte da atividade comercial do Makro há mais de 29 anos. (...) o procedimento é aplicado a todos os clientes, os quais, apesar da fila e de eventuais aborrecimentos, não deixam de fazer suas compras no Makro por causa disso. É um procedimento tolerável, que não deriva para a órbita da lesão ao direito à intimidade dos clientes – haja vista que a conferência é apenas dos produtos que se encontram no

carrinho e não das bolsas e carteiras portadas”. Trata-se, portanto, de “meio legítimo de proteção do patrimônio, (...) de prevenção de equívocos que possam ser cometidos quando do registro das mercadorias” (e-STJ fls. 416/426). O MP/SP interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 430/449).

Acórdão: o TJ/SP, por maioria de votos, deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrente, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 633/649):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Pretensão a condenar empresa atacadista à obrigação de não fazer, abstendo-se de compelir seus consumidores à revista das compras, que realizaram, após a aquisição nas caixas registradoras, quando normalmente a conferência é feita, e antes da saída do estabelecimento - Conduta constrangedora, a violar a intimidade e a privacidade, além da afronta à livre locomoção e ao direito de propriedade, eis que consumada a tradição - Inocorrência de consentimento tácito, face a imperatividade da conduta, impedindo a recusa - Procedência, em parte, para tornar facultativa a medida, a ela se submetendo o consumidor, caso queira.

MINISTÉRIO PÚBLICO - Legitimidade ativa - Arte. 81, III, 82, I e 91 do Código de Defesa do Consumidor - Tutela de valores individuais homogêneos, de origem comum - Interesse de agir, também, presente, por ser a prestação jurisdicional apta e útil à tutela objetiva da pretensão.

Embargos Infringentes: interpostos pelo MAKRO (e-STJ fls. 652/666), foram acolhidos pelo TJ/SP, conforme atesta a ementa a seguir (e-STJ fls. 741/764):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Obrigação de não fazer - Atribuição de conduta vexatória dos prepostos da embargante, em razão de conferência das mercadorias após a aquisição nas caixas registradoras e antes da saída do estabelecimento - Inexistência de qualquer excesso - O consumidor não é submetido a revista ou conferência vexatória, não havendo exposição da intimidade e privacidade do cliente a dúvida ou humilhação perante outras pessoas - Inocorrência de violação à livre locomoção e ao direito de propriedade - Instrumento legítimo de proteção do patrimônio - Conciliação dos princípios da livre iniciativa e da livre empresa com o da defesa do consumidor, em conformidade com as regras da justiça social - Arts. 1º, IV, e 170, caput, e parágrafo único, com o art. 170, V, todos da CF - Sentença julgou improcedente a ação e extinguiu o processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC - Embargos infringentes acolhidos para manter a improcedência pronunciada em primeiro grau.

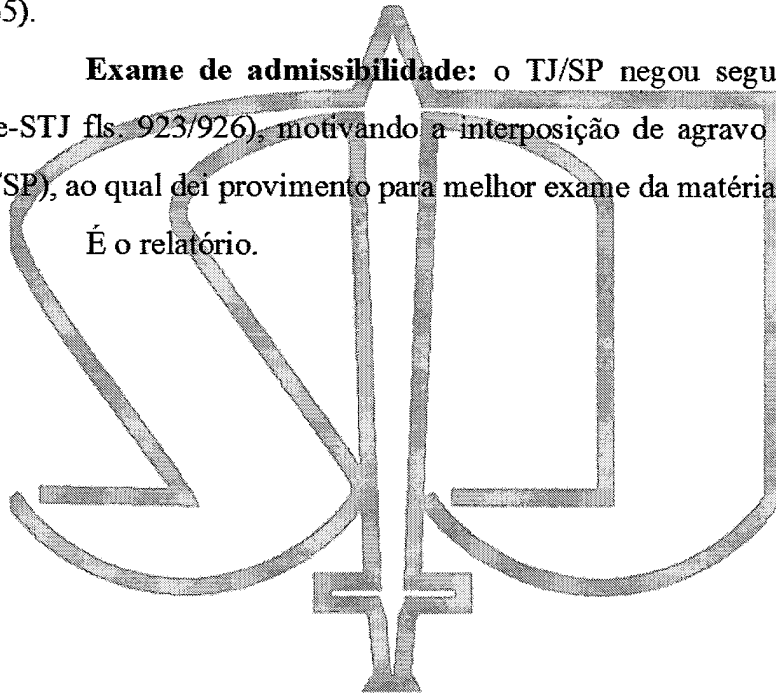
Embargos de Declaração: interpostos pelo MP/SP (e-STJ fls.

772/777), foram rejeitados (e-STJ fls. 782/786).

Recurso especial: alega violação dos arts. 620 do CC/16, 113 e 1.267 do CC/02 e 4º, I e 51, IV, do CDC, pois a vistoria levada a efeito pelo MAKRO consiste em “obrigação iníqua e abusiva, que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, além de ser incompatível com a boa-fé”. Além disso, a conduta combatida pelo recorrente parte “do infeliz pressuposto de que todos são desonestos até que se prove o contrário” (e-STJ fls. 824/843). O MP/SP também interpôs recurso extraordinário (e-STJ fls. 845/865).

Exame de admissibilidade: o TJ/SP negou seguimento a ambos os recursos (e-STJ fls. 923/926), motivando a interposição de agravo de instrumento (Ag 1.042.354/SP), ao qual dei provimento para melhor exame da matéria (e-STJ fl. 1.036).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.113 - SP (2009/0016104-0)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MAKRO ATACADISTA S/A**
ADVOGADO : **MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTRO(S)**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cinge-se a controvérsia a verificar a abusividade da prática comercial levada a efeito pelo recorrido, no sentido de submeter mercadorias já adquiridas por seus consumidores à vistoria de seus funcionários, mediante o confronto entre o que consta das sacolas dos compradores e as respectivas notas fiscais.

I – Transmissão da propriedade das mercadorias. Violação dos arts. 620 do CC/16 e 1.267 do CC/02

Em suas razões recursais, o MP/SP sustenta que o acórdão recorrido violou o disposto no “artigo 620, 1ª parte, do Código Civil de 1916 - ou artigo 1.267, do atual Código Civil”, pois “os clientes da empresa Makro, após a retirada das mercadorias das prateleiras, colocação nos carrinhos, passagem e pagamento dos bens no caixa, local em que houve a plena tradição, com a transferência de domínio da coisa, já como proprietários dos produtos (...), ainda são submetidos a posterior obrigatória revista, nas portas de saída do estabelecimento” (e-STJ fls. 832/833).

Neste particular, contudo, a impugnação do recorrente encontra-se dissociada do ponto fundamental da controvérsia, que versa sobre os efeitos da conferência que os prepostos do recorrido realizam sobre os bens adquiridos pelos consumidores.

De fato, o debate a respeito do momento em que é efetuada a tradição e a transmissão da propriedade das mercadorias foi considerado despicendo pelo próprio acórdão recorrido, que declarou “não ser imperiosa a discussão se houve ou não a

tradição para o deslinde fático”, pois, ainda que confirmada a transmissão da propriedade das mercadorias vistoriadas, “não há abuso por parte dos funcionários da empresa atacadista, que possa infringir a intimidade e privacidade e transgredir a livre locomoção e o direito de propriedade” (e-STJ fl. 744).

Verifica-se, portanto, que o TJ/SP jamais questionou o momento da tradição, pois presumiu sua consumação e, ainda assim, rejeitou a alegação de que a prática comercial do recorrido consubstanciaria ofensa ao direito à propriedade e à privacidade dos consumidores. Como se vê, o acórdão recorrido considerou desnecessária, para a análise da matéria colocada a debate, a investigação minuciosa do modo pelo qual se efetuou a transferência da propriedade na espécie dos autos. O mérito dos dispositivos legais cuja violação é apontada pelo MP/SP, portanto, foi apenas superficialmente examinado, sendo que as razões recursais não lograram demonstrar a importância do tema para o deslinde da controvérsia. O conhecimento do recurso encontra óbice, por isso, nas Súmulas 283 e 284, ambas do STF.

Deve-se concluir, nessa linha de raciocínio, que o recurso especial encontra-se deficientemente fundamentado, ao mesmo tempo em que pretende, por via reflexa, atacar o verdadeiro fundamento (constitucional) do acórdão recorrido, que é a inexistência de ofensa à “intimidade e privacidade” ou à “livre locomoção e o direito de propriedade” (acórdão recorrido - e-STJ fl. 744). É relevante destacar, ainda, que a matéria constitucional foi objeto de impugnação expressa no recurso extraordinário interposto pelo MP/SP (e-STJ fls. 845/865), do que decorre que a competência para conhecer da irresignação do recorrente quanto ao ponto é do STF.

Não se conhece, portanto, deste recurso especial no que diz respeito à alegação de violação dos arts. 620 do CC/16 ou 1.267 do CC/02.

II – Conferência de mercadorias adquiridas pelos consumidores e a

boa-fé nas relações de consumo. Violação dos arts. 113 do CC/02 e dos arts. 4º, I, e 51, IV, do CDC

A segunda linha de argumentos contida no recurso especial volta-se contra a conclusão adotada pelo TJ/SP no sentido de que

a abordagem na saída do supermercado é conduzida de modo corriqueiro, não agindo o funcionário de forma reprovável e temerariamente, com respeito, não colocando os clientes sob suspeição ou constrangimento perante o público que se encontra no interior do estabelecimento. Ao contrário, a medida torna possível uma compra segura, evitando que o leitor óptico do caixa registre mais de uma vez, constando mais de um produto, em caso de um apenas (e-STJ fls. 744/745)

A recorrente defende, contudo, a tese de que o comportamento da empresa recorrida viola os arts. 113 do CC/02 e 51, IV, do CDC, pois “coloca o consumidor em desvantagem exagerada, além de ser incompatível com a boa-fé” (e-STJ fl. 833). Nesses termos, o consumidor é “a princípio tratado como potencial autor de crime, para somente depois da conferência ser considerado inocente e poder sair livremente com as mercadorias de sua propriedade” (e-STJ fl. 834), razão pela qual “o exercício da atividade econômica por parte da empresa não é realizado com o devido respeito à vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, CDC)” (e-STJ fl. 835).

Dentro dessa perspectiva, é possível verificar que as violações alegadas neste tópico estão interligadas, uma vez que todas partem do pressuposto de que a conduta do recorrido atenta contra a boa-fé que deve nortear as relações de consumo, em especial face à vulnerabilidade do consumidor e à impossibilidade de infligir-lhe desvantagens exageradas.

Antes de passar à análise dos argumentos apresentados pelo recorrente, contudo, julgo necessária uma pequena digressão a respeito da teleologia do sistema representado pelo CDC, especialmente no que se refere às normas cuja violação é apontada neste recurso especial. De acordo com José Geraldo Brito Filomeno - um dos autores do anteprojeto do CDC -, o complexo normativo do CDC foi idealizado como instrumento para harmonizar as relações de consumo, de maneira a favorecer, na medida

do possível, o tratamento igualitário entre as partes:

Embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, já que sem dúvida são eles a parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se dessarte um *tratamento desigual para partes manifestamente desiguais*, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de *desenvolvimento econômico e tecnológico*, viabilizando-se os *princípios da ordem econômica* de que trata o art. 170 da Constituição Federal, e *educação – informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e obrigações*.

(GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 7ª Ed., 2001, p. 17 – destaques no original)

Assim, embora haja o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo – art. 4º, I, do CDC – os direitos a ele conferidos pela legislação consumeirista não são absolutos, razão pela qual sua aplicação deve ser analisada sempre com as vistas voltadas ao desejável equilíbrio da relação estabelecida entre o consumidor e o fornecedor. A proteção da boa-fé nas relações de consumo, portanto, não implica necessariamente favorecimento indiscriminado do consumidor, em detrimento de direitos igualmente outorgados ao fornecedor.

O acórdão recorrido não ignora as premissas acima mencionadas, pois reconhece que a necessidade de “conciliar harmoniosamente o princípio da livre iniciativa, previsto no art. 1º, IV, da Constituição Federal, reiterado no art. 170, caput, e o princípio da livre empresa (...), com o da defesa do consumidor, disposto no inciso V, em conformidade com as regras da justiça social” (e-STJ fl. 744).

De fato, a solução do presente impasse passa pela verificação dos limites de ordem teleológica ou social impostos tanto ao fornecedor quanto ao consumidor. Assim, é inevitável constatar que as dificuldades da vida moderna e as próprias características das relações comerciais impõem aos grandes estabelecimentos comerciais a utilização de equipamentos ou de sistemas de segurança, que visam eliminar a prática de atos ilícitos e, por via indireta, atuam na proteção do próprio consumidor durante o período de compras ou utilização dos serviços.

Qualquer consumidor habituado a frequentar esses grandes estabelecimentos comerciais tem consciência dos equipamentos e procedimentos utilizados pelos fornecedores no exercício de seu direito de vigilância e proteção do patrimônio, sem que se possa cogitar de má-fé do fornecedor por conta do recurso a esses mecanismos, atualmente bastante difundidos, compreendidos e aceitos pela grande maioria dos consumidores.

Ante a realidade dos fatos, é necessário conciliar os direitos fundamentais dos consumidores, entre eles o direito à intimidade e à privacidade, com o direito do fornecedor de utilizar meios idôneos para a defesa de seu patrimônio, que também é garantido constitucionalmente. É dentro dessa perspectiva que a espécie dos autos deve ser analisada.

Na hipótese em exame, a prática considerada abusiva pelo recorrente é incontroversa. Conforme relata o acórdão recorrido, trata-se de “conferência das compras dos clientes que adquiram mercadorias em suas lojas, após a aquisição nas caixas registradoras e antes da saída do estabelecimento” (e-STJ fl. 743), a que se sujeitam “todos os consumidores”, indistintamente.

O implemento de medidas que tragam segurança aos estabelecimentos comerciais, contudo, é lícito e, como visto, insere-se no exercício regular do direito de vigilância e proteção do patrimônio. A mera vistoria das mercadorias, na saída do estabelecimento, não configura ofensa automática à boa-fé do consumidor. Tampouco é capaz de impor-lhe desvantagem desmedida ou representa desrespeito à sua vulnerabilidade – desde que, evidentemente, essa conferência não atinja bens de uso pessoal, como por exemplo bolsas e casacos, ou envolva contato físico. A revista deve ser restrita às mercadorias adquiridas no estabelecimento e não pode ultrapassar os limites da urbanidade e civilidade. Não há nos autos, no entanto, qualquer informação no sentido de que o recorrido tenha deixado de observar essas condições.

Cuida-se, portanto, de um mero desconforto, a que os consumidores hodiernamente se submetem. Como bem apontou a decisão proferida pelo TJ/SP, “não se nega que para alguns, com sensibilidade mais acentuada, a revista feita nas mercadorias, após o pagamento, poderia se constituir em eventual motivo a desgosto, o que,

entretanto, não implica em ter-se o fato como caracterizador de invasão da privacidade ou da intimidade de quem quer que seja” (e-STJ fl. 750).

De fato, sem que haja compreensão mútua e tolerância às pequenas vicissitudes cotidianas, a vida em sociedade será cada vez mais difícil. No julgamento do REsp 604.620/PR, já tive a oportunidade de afirmar que

pequenos dissabores e contrariedades, normais na vida em sociedade, não são indenizáveis. Imprescindível asseverar que na vida em sociedade as pessoas tem que se submeter a certas situações inevitáveis, sob pena de se tornar impossível tal convivência, ainda mais nos dias de hoje. Nessa linha de raciocínio, existem situações que se consubstanciam em aborrecimentos comuns do cotidiano moderno, não suscetíveis de indenização. São situações, certamente, desagradáveis, que geram aborrecimentos, mas que, no entanto, são inevitáveis e não passíveis de qualquer reparação (REsp 604.620/PR, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 13/3/2006).

Como resultado de todas essas considerações, verifica-se que o recorrente almeja ver a violação de normas infraconstitucionais em situações nas quais há, apenas, a prevalência de uma interpretação razoável a respeito da prática comercial adotada pelo recorrido. Vale ressaltar que o reconhecimento de ofensa a literal disposição de lei somente se dá quando dela se extrai conclusão desarrazoada, o que, como visto, não é o caso dos autos.

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.120.113 - SP (2009/0016104-0)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MAKRO ATACADISTA S/A**
ADVOGADO : **MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTRO(S)**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Presidente):

Srs. Ministros, havia recebido antecipadamente o voto da eminente Ministra Relatora e, em audiência, ouvido o ilustre Advogado. Na ocasião, foi-me esclarecido por S. Exa. que essa prática do recorrido, Makro Atacadista S.A., é por tratar-se de um estabelecimento atacadista. Sendo atacadista, a sistemática de cobrança ou de apresentação dos produtos na mesa do caixa é um pouco diversa da prática do supermercado comum. Então, são grandes volumes que são passados, e, na verdade, o caixa escaneia o preço e é dado, então, o valor, que é pago pelo consumidor.

Posteriormente, assim que acaba de ser feita essa operação, vem uma outra conferência para saber, exatamente, se aquelas peças que estão, vamos dizer, no carrinho, correspondem à nota fiscal. Penso que essa prática, inclusive, é favorável até ao próprio consumidor, porque, ao final das contas, como é um grande volume, pode até faltar algum produto que estejam cobrando a mais.

Então, a dupla análise às vezes ocorre e me parece que seria um excessivo rigor coibir essa prática. Estou inteiramente de acordo com o voto da Sra. Ministra Relatora no sentido de negar provimento ao recurso especial, sugerindo a publicação desse acórdão.

Ministro MASSAMI UYEDA

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2009/0016104-0

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1120113 / SP

Números Origem: 16942001 3153094 3153094002

PAUTA: 15/02/2011

JULGADO: 15/02/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **SIDNEI BENETI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RECORRIDO : **MAKRO ATACADISTA S/A**

ADVOGADO : **MAXIMILIAN FIERRO PASCHOAL E OUTRO(S)**

ASSUNTO: **DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil**

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **CELSO CINTRA MORI**, pela parte RECORRIDA: **MAKRO ATACADISTA S/A**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 15 de fevereiro de 2011

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 308.440 - MT (2013/0062321-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO
AGRAVADO : ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
ADVOGADOS : SÉRGIO GARCIA MARTINS
ROBERTO DE SETTI LATANCE E OUTRO(S)

EMENTA

CONSUMIDOR. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR EM TUTELA ANTECIPADA CASSADA. CONFERÊNCIA DE MERCADORIAS DE FORMA DISCRETA E INDISCRIMINADA. INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA ABUSIVA. REVER ACÓRDÃO RECORRIDO IMPORTA EM REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu o recurso especial apresentado por Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

Atacadão, Distribuidora e Comércio Ltda. interpôs agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão que concedeu tutela antecipada para determinar que o requerido se abstinhasse de conferir as compras na saída de seus estabelecimentos, sob pena de multa diária de dez mil reais, ficando o acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 222-223):

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AJUIZAMENTO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO - PRELIMINAR DE CONVERSÃO EM AGRAVO RETIDO E ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA DEFENSORIA - REJEITADAS - MÉRITO - EMPRESA QUE REALIZA CONFERÊNCIA, APÓS O PAGAMENTO, NAS MERCADORIAS DOS CONSUMIDORES NA SAÍDA DO ESTABELECIMENTO - ALEGAÇÃO DE PRÁTICA ABUSIVA - AFASTADA - CONFERÊNCIA DISCRETA E INDISCRIMINADA, ENDEREÇADA A TODOS OS CLIENTES - MERO DESCONFORTO INERENTE AO DIA-A-DIA - RECURSO PROVIDO.

O indeferimento de liminar no recurso de agravo de instrumento não torna obrigatória a sua conversão em retido.

Dispositivos infraconstitucionais e, também, constitucionais conferem à Defensoria Pública legitimação ativa ampla para patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, conforme suas funções institucionais, ficando reconhecido, porém, o limitador de natureza subjetiva quanto aos eventualmente favorecidos pela sentença de procedência que será o das pessoas que comprovarem ser necessitados em fase de

liquidação e execução.

O sistema de conferência de mercadorias adquiridas pelos clientes não pode ser considerado vexatório e constrangedor, não configurando ofensa às normas dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 259-263).

Nas razões do recurso especial, a recorrente alegou violação dos arts. 4º, I e II, 6º, VI, 12 e 14, do Código de Defesa do Consumidor e 187, 422, 1.267 e 1.268 do Código Civil, ao argumento de que: a) trata-se de prática abusiva a verificação das mercadorias após o pagamento, porquanto estas já pertencem ao consumidor; e b) houve dano ao consumidor em razão da conferência de mercadorias na saída do estabelecimento, pois para se precaver contra furtos, o recorrido molesta a propriedade e a honra alheia.

Brevemente relatado, decido.

No que diz respeito aos arts. 422, 1.267 e 1.268 do Código Civil verifica-se que seus conteúdos normativos não foram objeto de apreciação pelo Tribunal *a quo*. Com efeito, o prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais pressupostos ao seu conhecimento. Incide, por analogia, o enunciado 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a questão, assim, se pronunciou o Tribunal estadual:

A prática da requenda, assim como de outros estabelecimentos que atuam no ramo atacadista, de conferir a mercadoria adquirida pelos clientes não pode ser considerada vexatória e constrangedora, não configurando ofensa às normas dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor.

O que se observa, no caso em apreço, é que o sistema de conferência de mercadorias adotado não possui caráter acusatório nem, tampouco, discriminatório, pois é exercido dentro dos limites legais, de forma ética e habitual, sem nenhuma lesão ao direito à intimidade nem, ao menos, causador de constrangimento para seus clientes. Se assim o fosse, não teriam capitado clientes e ganhado mercado, sendo umas das maiores empresas atacadistas no País.

Ademais, a meu ver, o sistema de conferência tem o condão de assegurar ao consumidor a certeza de estar levando todos os produtos adquiridos, pois as notas fiscais emitidas no caixa discriminam detalhadamente todas as mercadorias pagas sendo feita sua conferência, de modo rápido e eficaz.

Dessa maneira, depreende-se que o Colegiado Estadual julgou a lide com base no substrato fático-probatório dos autos, cujo reexame é vedado em âmbito

de recurso especial, ante o óbice do enunciado 7 da Súmula deste Tribunal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se.

Brasília, 27 de março de 2015.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

