



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2015.0000183507

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0019536-18.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, é apelado T4 F ENTRETENIMENTO S/A.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA OLÍVIA ALVES (Presidente) e SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 23 de março de 2015.

SILVIA MEIRELLES
RELATORA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação: 0019536-18.2012.8.26.0053
Apelante: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON
Apelada: T4F Entretenimento S/A
Juiz: FERNÃO BORBA FRANCO
Comarca: SÃO PAULO
Voto n°: 2468*

APELAÇÃO – Ação anulatória de auto de infração c/c indenizatória - PROCON – Empresa autuada e multada por práticas abusivas – Infringência do artigo 39, caput e inciso V, do CDC – Alegação de nulidade do procedimento administrativo, de legalidade dos serviços prestados e das taxas cobradas – Sustentação de que a pré-venda de ingressos não caracteriza prática discriminatória, impossibilidade de disponibilizar venda de ingressos com pagamento em dinheiro nas formas não presenciais e ausência de fundamento para impor suspensão temporária das atividades - Violação do livre exercício de atividade econômica – Pedidos consistentes na declaração de nulidade do procedimento administrativo e condenação ao pagamento de indenização por danos morais - Sentença de parcial procedência decretada em primeiro grau, anulando o auto de infração por entender que não houve prática comercial abusiva - Pretensão de reforma – Possibilidade – Taxa de conveniência e indisponibilidade de venda de ingressos por outros meios de pagamento a não ser cartão de crédito - Práticas comerciais claramente abusivas – Pré-venda de ingressos que caracteriza flagrante situação discriminatória – Ausência de justa causa para tais práticas comerciais (serviço) – Infringência ao artigo 39, caput, do CDC – Manutenção do auto de infração - Recurso provido.

Trata-se de apelação interposta pela FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON contra a r. sentença de fls. 877/879 que, em ação anulatória c/c indenizatória, julgou-a parcialmente procedente, anulando o auto de infração e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

imposição de multa, entendendo que não houve abusividade nas práticas comerciais operadas pela apelada, deixando de condená-la ao pagamento de indenização por danos morais.

Inconformada, apela a vencida (fls. 888/915), sustentando, em síntese, que a r. sentença deve ser reformada porque as práticas comerciais perpetradas pela apelada são abusivas, infringindo o artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

Recurso recebido e devidamente processado, sendo apresentadas contrarrazões (fls. 919/956).

É o relatório.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente ação anulatória c/c indenizatória por danos morais, anulando o auto de infração e a imposição de multa por entender que não houve abusividade nas práticas comerciais da apelada, deixando de condenar o autor ao pagamento de indenização por danos morais.

Com todo o respeito ao entendimento contigo na r. sentença, cabível a sua reforma.

A autora foi autuada (fls. 676/678 – auto de infração 01459-D8) por infringência ao artigo 39, *caput* e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, os quais estabelecem *in verbis* que:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. (g.m.)

A apelante entendeu que houve irregularidades em determinados serviços da apelada, quais sejam: 1. Disponibilização de venda de ingressos em períodos determinados, chamados de “pré-venda”, apenas para membros do “fã-clube” da artista e para “clientes Ourocard” (art. 39, *caput*); 2. Cobrança de taxa de conveniência em 20% sobre o valor facial dos ingressos sem que houvesse a prestação dos serviços (art. 39, V) e 3. Indisponibilidade de formas de pagamento equivalentes a dinheiro e cartão de débito nas compras efetuadas de forma “online” e “call center” (art. 39, *caput*).

Vale lembrar, antes de se analisar a abusividade ou não dos serviços acima, que o *“abuso de direito constitui uma categoria de conteúdo próprio, entre ato lícito e ilícito, ou seja, o abuso de direito é lícito pelo conteúdo e ilícito nas consequências (...) Como consequência imediata, o abuso de direito gera a responsabilidade civil objetiva do abusador independente do elemento culpa. Nesse sentido, o Enunciado n. 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: 37 – Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”* (in “Manual de Direito do Consumidor”, de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, 3ª edição, Editora Método: 2014. p. 382/383).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Considera-se, assim, prática abusiva, ou seja, um abuso de direito, nos termos dos autores acima citados: “*qualquer conduta ou ato em contradição com o próprio espírito da lei consumerista*”. Ainda, discorrem sobre a complementariedade entre os artigos 39 e 51, ambos do Código de Defesa do Consumidor (*ob.cit.* p. 383).

Discorre o jurista Motauri Ciocchetti de Souza, citando Herman V. Benjamin: “*prática abusiva é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor, é aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo, afeta o bem-estar do consumidor*” (in “Interesses Difusos em Espécie – Direito Ambiental, Direito do Consumidor e Probidade Administrativa”, 3ª edição, Editora Saraiva: 2013, p. 307/308).

O artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor, prevê um rol exemplificativo de doze hipóteses de práticas consideradas abusivas (havendo, quanto a estas, uma presunção absoluta de abusividade) e o *caput*, do mesmo artigo, deixa em aberto que poderão surgir outras mais, cabendo a análise caso a caso.

E, isto ocorre porque as relações de consumo são dinâmicas e imprevisíveis, deixando o legislador a cargo do julgador, adequar as situações fáticas à norma, conforme vão surgindo os conflitos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Verifica-se desse modo que razão assiste à apelante quando autuou e sancionou a empresa ré, eis que as práticas comerciais são claramente abusivas.

Com relação à chamada “taxa de conveniência” e à ausência de forma de pagamento em dinheiro ou similar, o simples fato da apelada oferecer outras opções aos consumidores, não descaracteriza a abusividade praticada.

A “taxa de conveniência” mostra-se irregular porque realmente não há serviço prestado que justifique a sua cobrança, além de que configura em evidente benefício unilateral à apelada.

Primeiro porque as despesas da empresa na venda de ingressos pela “internet” ou “call center” são até menores do que pelo meio presencial, tendo em vista que não há disponibilização de grande infraestrutura como, por exemplo: guichês, seguranças, local apropriado, etc, como ocorre na venda direta ao público, por meio de bilheterias.

Em segundo lugar, a partir do momento em que a empresa opta por disponibilizar diversos serviços, de diversas formas, visando a expansão de sua atividade econômica, com o fim de obter mais lucro, eis que passa a atingir um número maior de consumidores em todo o território nacional, deve assumir os ônus advindos de tais escolhas e não repassá-las aos consumidores.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Vale lembrar que o consumidor é a parte vulnerável em uma relação consumerista, conforme preconiza o artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo que tal defesa foi autorizada pela Carta Magna.

O Código de Defesa do Consumidor instituiu um sistema protetivo concedendo, à parte mais fraca (o consumidor), direitos que antes não lhes eram reconhecidos pelo Código Civil, expressamente considerando nulas as cláusulas abusivas dos contratos de adesão, invertendo o ônus da prova, bem como todas as posturas que viessem a negar o sistema daquele *codex* (inciso XV, do art. 51, do CDC).

Tais contratos devem sempre ser interpretados de modo mais favorável ao consumidor, posicionando-se a jurisprudência pela inoperabilidade das cláusulas restritivas neles inseridas (Nesse sentido, veja-se STJ, REsp 234.129/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 15.05.2.001; REsp 300.215/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 29.05.2.001).

Nesta linha de interpretação, há que se considerar a tutela especial para o contratante que se encontre em posição mais vulnerável na relação contratual, presumindo-se a boa-fé subjetiva dos consumidores e a se impor o dever de boa-fé objetiva (de informação, cooperação e cuidado) por parte do fornecedor de serviços, mormente em se cuidando de contrato de adesão. Daí porque, como anota Cláudia Lima Marques, em sua obra “Contratos no Código de Defesa do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Consumidor”, após a entrada em vigência do CDC, o adimplemento do contrato é exigido de forma total, com qualidade e adequação às expectativas legítimas (cit. p. 386).

Destarte, além do fato de ser a maior beneficiária desta disseminação de pontos e meios de venda, auferindo ainda mais lucro, verifica-se que em várias situações, inacreditavelmente, mesmo cobrando a “taxa de conveniência”, impôs ao consumidor o pagamento também de “taxa de entrega/retirada”, seja em ponto pré-estabelecido, seja na bilheteria oficial, conferindo-lhe, ainda, o ônus da retirada do ingresso.

Neste prisma, o que justifica a cobrança de “taxa de conveniência”? E onde se encontra a “conveniência”? Obviamente que não é para o consumidor, eis que a ele se impõe uma onerosidade excessiva por não haver efetivo serviço prestado, além de que, por muitas vezes, acaba por não receber os ingressos em sua residência, evidenciando, mais uma vez, a captação de lucro sem a devida contraprestação de serviço.

E mais. Tal situação é flagrantemente irregular, tendo em vista que esta taxa corresponde a uma permissão para retirada do bem adquirido, o que não se pode admitir, já que na compra e venda, havendo o pagamento, o vendedor é obrigado a entregar o produto.

O que se mostra razoável, nestas situações de venda por meios não presenciais, seria o pagamento de frete, caso assim deseje



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

o consumidor receber o produto em casa.

Veja, haverá a escolha do cliente para tal serviço e não a imposição pela empresa e, claro, não deixando de se observar os valores praticados pelo mercado, como por exemplo: a entrega via Sedex.

E nem se alegue que é prática comum de outras empresas, tendo em vista que a reiteração de conduta ilícita não a torna lícita somente por este fato.

Os costumes somente são admitidos em nosso ordenamento jurídico em caso de lacuna na lei (art. 4º, LINDB), o que não é o caso destes autos, eis que o Código de Defesa do Consumidor regula toda a relação consumerista em todas as suas etapas.

Não se pode perder de vista que a responsabilidade objetiva no direito do consumidor tem seu fundamento na Teoria do Risco do Negócio, a qual sustenta que o empresário pode explorar o mercado, auferindo os lucros das suas atividades.

No entanto, deve também suportar os riscos do seu empreendimento, ou seja, como preconizava o direito romano “*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*” (onde está o ganho, aí reside o encargo).

E, nesta mesma ótica, encontra-se a abusividade da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

indisponibilidade de formas de pagamento equivalentes a dinheiro e cartão de débito nas compras efetuadas de forma “online” e “call center”.

Incumbe à empresa desenvolver diversos meios de pagamento e, em especial, em moeda corrente.

Como dito acima, a escolha da forma de pagamento cabe exclusivamente ao consumidor. Este não pode ser impelido a contratar um serviço de cartão de crédito apenas para adquirir um produto via “online”.

A empresa que escolher disseminar as formas de venda é obrigada a também disponibilizar diversas formas de pagamento e, um exemplo que se pode ter da possibilidade do pagamento em dinheiro é o que ocorre por meio de boleto bancário.

E, a justificativa de que não haveria prazo para tal forma, não prospera, uma vez que o boleto bancário pode conter exíguo prazo (por ex., 24 horas), e, transcorrido sem efetivação do pagamento, colocar-se-ia novamente o ingresso à venda.

Outrossim, a argumentação de que se poderia deixar de vender alguns ingressos, a fim de sustentar a impossibilidade desta forma de pagamento, é ainda mais insustentável, em virtude do que se discorreu até agora.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Além disso, inúmeros “sites” disponibilizam a possibilidade de se debitar em conta corrente, o que demonstra a viabilidade desta forma de pagamento.

Assim, se enquanto o negócio é favorável, o empresário está lucrando, não lhe é legítimo transferir para o consumidor, ou sequer dividir com este, os riscos do negócio, caso ele se torne desvantajoso.

Com relação à chamada “pré-venda” de ingressos a determinado grupo de pessoas, constata-se, também, a prática abusiva do serviço, eis que este discrimina os consumidores entre si, sem que haja justa causa para tanto ou previsão legal.

Com efeito, a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, *caput*: *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*.

Ao longo do texto constitucional há previsão de diversas formas de discriminação positiva, a fim de assegurar a igualdade material entre as pessoas.

O mesmo artigo supracitado prevê também: *“XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Com isto, adveio o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, que prevê em seu artigo sexto:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”.

E, assim, constata-se que em nenhum momento o ordenamento jurídico pátrio autoriza a discriminação aleatória de determinando grupo de consumidores em detrimento de outro, salvo os casos de grupos sociais vulneráveis, como por exemplo: idosos, deficientes, etc.

No caso, não houve comprovação de justa causa ou de autorização legal para que a apelada disponibilizasse antecipadamente a abertura da venda de ingressos apenas para um determinado grupo de consumidores, fosse ele pertencente ao fã-clubes ou cliente de determinada empresa de cartão de crédito.

Com esta prática comercial, inúmeros consumidores não privilegiados nas exceções (fã-clubes ou clientes Ourocard), podem ter sido prejudicados, tendo em vista que não concorreram em condições de igualdade para aquisição do produto, como por exemplo: escolher os lugares de assento ou mesmo os preços de ingressos mais acessíveis.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Aliás, através de pesquisa em sítios eletrônicos, verifica-se que, em várias ocasiões (usadas como exemplo), houve o esgotamento de ingressos ou de setores na pré-venda, o que evidentemente prejudicou os consumidores que não detinham as “qualidades especiais” exigidas para a aquisição antecipada¹.

Outrossim, verifica-se a revolta de um consumidor que não conseguiu adquirir ingresso em determinado setor, pois não pôde concorrer aos setores conjuntamente com os clientes da pré-venda, conforme reclamação feita no “Reclame Aqui”, site organizado e mantido pelo PROCON:

“Prioridade para clientes MasterCard. Pré venda e os demias (sic) clientes ficam sem ingressos para pista premiun para o Show da Beyonce dia 15/09/2013. Livepass Ingressos e Serviços Ltda – ME. São Paulo – SP. Domingo, 30 de Junho de 2013 - 16:18.

Show da Beyonce em São Paulo começou a pré venda dia 27/06/2013 para os clientes que possui cartão Master Card e iniciou as vendas para os demias clientes dia 28/06/2013 as 23:59, no dia 29/06/2013 fui comprar meu ingresso no Quiosque da Livepass no Shopping Market Place e ja havia esgotado os ingressos da pista premiun para o Show da Beyonce dia 15-09-2013 no morumbi, não havia nenhum aviso no site ou na Bilheteria informando que havia esgotados os ingressos, achei isso um desrespeito (sic) com os clientes. Para muitos é apenas um Show para mim é sonho estou esperando o Show da Beyonce no Brasil em São Paulo desde 2010 e só queria que a livepass tratasse com respeito os clientes que não possui cartão de crédito mas que tem

¹ http://musica.terra.com.br/esgotados-ingressos-da-pre-venda-para-paul-mccartney-embh_36eb9d4dcf2bd310VgnVCM300009aceeb0aRCRD.html (Show do Paul McCartney, em Belo Horizonte, em 4 de maio de 2013); <http://sportv.globo.com/site/combate/noticia/2011/06/pre-venda-do-ufc-rio-tem-ingressos-esgotados-em-40-minutos.html> (UFC- Rio, em 2011); http://www.viaepTV.com/epnoticia/ribeiraopreto/NOT_2_2_382823_Apos+polemica+dos+ingressos+sobram+lugares+em+show+de+Maria+Bethania+Ribeirao+Preto.aspx (Show Maria Bethânia – 2011).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

interesse em ir ao show e comprar o ingresso na bilheteria. Não acho correto priorizar os clientes com pré venda e quando nós clientes vamos fazer a nossa compra os ingressos já foram esgotados. Me ajuda por favor (sic)''

(<http://www.reclameaqui.com.br/5770009/livepass-ingressos-e-servicos-ltda-me/prioridade-para-clientes-mastercard-pre-venda-e-os-demias-cl/>).

Não há motivação legal para se impor situações de exceção neste tipo de serviço, em virtude destas condições.

Não encontra amparo em lei a exigência contratual do artista estrangeiro de se vender antecipadamente ingressos para seu fã-clube (no caso, a Madonna), que de forma evidente discriminatória, negativamente aos consumidores.

Primeiro, porque todo contratado que venha executar seus serviços em território nacional precisa observar as normas brasileiras vigentes, a fim de que se assegure a soberania nacional.

Segundo, porque não pode a empresa contratante aceitar cláusulas contratuais que limitem o exercício dos direitos dos consumidores brasileiros, sem que isto importe em sua responsabilização, caso estas infrinjam o ordenamento jurídico pátrio.

Outrossim, nem se alegue que houve violação do livre exercício de atividade econômica, uma vez que quando há conflito entre princípios, necessário utilizar da ponderação para verificar qual prevalecerá em face do outro.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

E, neste caso, prevalecerá a defesa do consumidor, tendo em vista que este é considerado a parte vulnerável nas relações de consumo (art. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição Federal e art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor).

Aliás, considerar esta prática abusiva não impede o livre exercício da atividade econômica, apenas impede a discriminação negativa de determinado grupo de pessoas em detrimento de outro, em observância ao disposto no inciso III, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor:

“Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Sendo assim, o auto de infração e a imposição de multa devem prevalecer, reconhecendo-se a abusividade das práticas comerciais aqui discutidas, reformando-se a r. sentença, nos termos supracitados.

Ressalto, finalmente, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

claras as razões do *decisum*.

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao recurso.

SILVIA MEIRELLES

Relatora