

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

VOLUME 2

ORGANIZADORAS

Marié Miranda
Claudia Lima Marques
Laís Bergstein
Luciana Atheniense

Estudos de Direito do Consumidor

volume 2

Marié Miranda
Claudia Lima Marques
Laís Bergstein
Luciana Atheniense
(Organizadoras)

Cassio Drumond Magalhães
Carla Simas Lima Peixoto
Guilherme de Souza Fernandes Leão
Hugo Assis Passos
Joaquim Pessoa Guerra Filho
Leandro Carvalho dos Santos Silva
Lindojon Gerônimo Bezerra dos Santos
Patrícia Dantas
Teresa Cristina Moesch
(Colaboradores)

Estudos de Direito do Consumidor volume 2

Autores

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento	Hugo Assis Passos
Ana Paula de Aguiar	Joaquim Pessoa Guerra Filho
Antonio Carlos Efig	Lais Gomes Bergstein
Augusto de Paula Barbosa	Larissa Leal
Bernardo Corrêa de Sousa Pessi	Luciana Rodrigues Atheniense
Bernardo Mendes	Luis Miguel Barudi
Bruno Valle Almeida	Marcos Dessaune
Carla Simas Lima Peixoto	Maria Alice Trentini Lahoz
Claudia Lima Marques	Mayara Evelyn Gevaerd de Barcelos
Cristiano Heineck Schmitt	Naira Christian Béga
Fabiana Prietos Peres	Nicolas Fassbinder
Fabiano Daniel Both	Patrícia Dantas
Fabrizio Bordallo	Ricardo Albuquerque e Albuquerque
Felipe de Alcântara Silva Estima	Sérgio Felipe de Melo Silva
Felipe Roeder da Silva	Teresa Cristina Fernandes Moesch
Gabriela Pereira de Melo Teixeira	Vinicius de Negreiros Calado
Geyson Gonçalves	Wdson Pyerre Soares Silva



Brasília – DF, 2021

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2021
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB – GRE
E-mail: oabeditora@oab.org.br

O Conselho Federal da OAB – por meio da OAB Editora – ressalta que as opiniões emitidas nesta publicação, em seu inteiro teor, são de responsabilidade dos seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Biblioteca Arx Tourinho)

E74

Estudos de Direito do Consumidor / organizador: Marié Miranda, Claudia Lima Marques, Laís Bergstein, Luciana Atheniense – Brasília: OAB Editora, 2021.

v. 2

xv, 252 p.

ISBN: 978-65-5819-035-6.

1. Brasil. Código de defesa do consumidor (CDC) (1990). 2. Direito do consumidor, Brasil, coletânea. 3. Proteção e defesa do consumidor, legislação, Brasil. I. Miranda, Marié, org. II. Marques, Claudia Lima, org. III. Bergstein, Laís, org. IV. Atheniense, Luciana, org. V. Título.

CDDir: 342.51

CDU: 347.451.031

Gestão 2019/2022

Diretoria

Felipe Santa Cruz

Luiz Viana Queiroz

José Alberto Simonetti

Ary Raghiant Neto

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente

Vice-Presidente

Secretário-Geral

Secretário-Geral Adjunto

Diretor-Tesoureiro

Conselheiros Federais

AC: Cláudia Maria da Fontoura Messias Sabino; **AL:** Fernanda Marinela de Sousa Santos, Fernando Carlos Araújo de Paiva e Roberto Tavares Mendes Filho; **AP:** Alessandro de Jesus Uchôa de Brito, Felipe Sarmento Cordeiro e Helder José Freitas de Lima Ferreira; **AM:** Aniello Miranda Aufiero, Cláudia Alves Lopes Bernardino e José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral; **BA:** Carlos Alberto Medaوار Reis, Daniela Lima de Andrade Borges e Luiz Viana Queiroz; **CE:** André Luiz de Souza Costa, Hélio das Chagas Leitão Neto e Marcelo Mota Gurgel do Amaral; **DF:** Daniela Rodrigues Teixeira, Francisco Queiroz Caputo Neto e Ticiano Figueiredo de Oliveira; **ES:** Jedson Marchesi Maioli, Luciana Mattar Vilela Nemer e Luiz Cláudio Silva Allemand; **GO:** Marcello Terto e Silva, Marivaldo Cortez Amado e Valentina Jungmann Cintra; **MA:** Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes, Charles Henrique Miguez Dias e Daniel Blume Pereira de Almeida; **MT:** Felipe Matheus de França Guerra, Joaquim Felipe Spadoni e Ulisses Blabandinha dos Santos; **MS:** Ary Raghiant Neto, Luís Cláudio Alves Pereira e Wander Medeiros Arena da Costa; **MG:** Antônio Fabrício de Matos Gonçalves, Bruno Reis de Figueiredo e Luciana Diniz Nepomuceno; **PA:** Afonso Marcus Vaz Lobato, Bruno Menezes Coelho de Souza e Jader Kahwage David; **PB:** Harrison Alexandre Targino, Odon Bezerra Cavalcanti Sobrinho e Rogério Magnus Varela Gonçalves; **PR:** Airton Martins Molina, José Augusto Araújo de Noronha e Juliano José Breda; **PE:** Leonardo Accioly da Silva, Ronnie Preuss Duarte e Silvia Márcia Nogueira; **PI:** Andrey Lorena Santos Macêdo, Chico Couto de Noronha Pessoa e Geórgia Ferreira Martins Nunes; **RJ:** Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara e Marcelo Fontes Cesar de Oliveira; **RN:** Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Artêmio Jorge de Araújo Azevedo e Francisco Canindé Maia; **RS:** Cléa Anna Maria Carpi da Rocha, Rafael Braude Canterji e Renato da Costa Figueira; **RO:** Alex Souza de Moraes Sarkis, Andrey Cavalcante de Carvalho e Franciany D'Alessandra Dias de Paula; **RR:** Emerson Luis Delgado Gomes e Rodolpho César Maia de Moraes; **SC:** Fábio Jeremias de Souza, Paulo Marcondes Brincas e Sandra Krieger Gonçalves; **SP:** Alexandre Ogusuku, Guilherme Octávio Batochio e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró; **SE:** Adélia Moreira Pessoa, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO:** Antônio Pimentel Neto, Denise Rosa Santana Fonseca e Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale.

Conselheiros Federais Suplentes

AC: Luiz Saraiva Correia, João Tota Soares de Figueiredo Filho e Odilardo José Brito Marques; **AL:** Ana Kilza Santos Patriota, João Luís Lôbo Silva e Sergio Ludmer; **AP:** Emmanuel Dante Soares Pereira, Maurício Silva Pereira e Paola Julien Oliveira dos Santos; **AM:** Daniel Fabio Jacob Nogueira; Márcia Maria Cota do Álamo e Sergio Rodrigo Russo Vieira; **BA:** Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e Ubirajara Gondim de Brito Ávila; **CE:** Alcimor Aguiar Rocha Neto, André Rodrigues Parente e Leonardo Roberto Oliveira de Vasconcelos; **DF:** Raquel Bezerra Cândido, Rodrigo Badaró Almeida de Castro e Vilson Marcelo Malchow Vedana; **ES:** Carlos Magno Gonzaga Cardoso, Luiz Henrique Antunes Alochio e Ricardo Álvares da Silva Campos Júnior; **GO:** Dalmo Jacob do Amaral Júnior, Fernando de Paula Gomes Ferreira e Rafael Lara Martins; **MA:** Deborah Porto Cartágenes, João Batista Ericeira e Yuri Brito Corrêa; **MT:** Ana

Carolina Naves Dias Barchet, Duílio Piatto Junior e José Carlos de Oliveira Guimarães Junior; **MS**: Afeife Mohamad Hajj, Luiz Renê Gonçalves do Amaral e Vinicius Carneiro Monteiro Paiva; **MG**: Felipe Martins Pinto, Joel Gomes Moreira Filho e Róbison Divino Alves; **PA**: Luiz Sérgio Pinheiro Filho e Olavo Câmara de Oliveira Junior; **PB**: Marina Motta Benevides Gadelha, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito e Wilson Sales Belchior; **PR**: Artur Humberto Piancastelli, Flavio Pansieri e Graciela Iurk Marins; **PE**: Carlos Antônio Harten Filho, Graciele Pinheiro Lins Lima e Gustavo Henrique de Brito Alves Freire; **PI**: Raimundo de Araújo Silva Júnior, Shaymmon Emanuel Rodrigues de Moura Sousa e Thiago Anastácio Carcará; **RJ**: Eurico de Jesus Teles Neto; Flavio Diz Zveiter e Gabriel Francisco Leonardos; **RN**: Fernando Pinto de Araújo Neto e Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade; **RS**: Greice Fonseca Stocker e Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira; **RO**: Jeverson Leandro Costa, Juacy dos Santos Loura Júnior e Veralice Gonçalves de Souza Veris; **RR**: Bernardino Dias de Souza Cruz Neto, Dalva Maria Machado e Stélio Dener de Souza Cruz; **SC**: José Sérgio da Silva Cristóvam, Sabine Mara Müller Souto e Tullo Cavallazzi Filho; **SP**: Alice Bianchini e Daniela Campos Liborio; **SE**: Glícia Thaís Salmeron de Miranda, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar e Vitor Lisboa Oliveira; **TO**: Alessandro de Paula Canedo, Cabral Santos Gonçalves e Luiz Tadeu Guardiero Azevedo.

Ex-Presidentes

1. Levi Carneiro (1933/1938) **2.** Fernando de Melo Viana (1938/1944) **3.** Raul Fernandes (1944/1948) **4.** Augusto Pinto Lima (1948) **5.** Odilon de Andrade (1948/1950) **6.** Haroldo Valladão (1950/1952) **7.** Atílio Viváqua (1952/1954) **8.** Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) **9.** Nehemias Gueiros (1956/1958) **10.** Alcino de Paula Salazar (1958/1960) **11.** José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) **12.** Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) **13.** Themístocles M. Ferreira (1965) **14.** Alberto Barreto de Melo (1965/1967) **15.** Samuel Vital Duarte (1967/1969) **16.** Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) **17.** Membro Honorário Vitalício José Cavalcanti Neves (1971/1973) **18.** José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) **19.** Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) **20.** Raymundo Faoro (1977/1979) **21.** Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) **22.** Membro Honorário Vitalício J. Bernardo Cabral (1981/1983) **23.** Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) **24.** Hermann Assis Baeta (1985/1987) **25.** Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) **26.** Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) **27.** Membro Honorário Vitalício Marcello Lavenère Machado (1991/1993) **28.** Membro Honorário Vitalício José Roberto Batochio (1993/1995) **29.** Membro Honorário Vitalício Ernando Uchoa Lima (1995/1998) **30.** Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) **31.** Rubens Approbato Machado (2001/2004) **32.** Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) **33.** Membro Honorário Vitalício Raimundo Cezar Britto Aragão (2007/2010) **34.** Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) **35.** Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016) **36.** Membro Honorário Vitalício Claudio Pacheco Prates Lamachia (2016/2019).

Presidentes Seccionais

AC: Erick Venancio Lima do Nascimento; **AL**: Nivaldo Barbosa da Silva Junior; **AP**: Auriney Uchôa de Brito; **AM**: Marco Aurélio de Lima Choy; **BA**: Fabrício de Castro Oliveira; **CE**: José Erialdo Dantas Filho; **DF**: Delio Fortes Lins e Silva Junior; **ES**: Jose Carlos Rizk Filho; **GO**: Lúcio Flávio Siqueira de Paiva; **MA**: Thiago Roberto Moraes Diaz; **MT**: Leonardo Pio da Silva Campos; **MS**: Mansour Elias Karmouche; **MG**: Raimundo Candido Junior; **PA**: Alberto Antonio de Albuquerque Campos; **PB**: Paulo Antonio Maia e Silva; **PR**: Cassio Lisandro Telles; **PE**: Bruno de Albuquerque Baptista; **PI**: Celso Barros Coelho Neto; **RJ**: Luciano Bandeira Arantes; **RN**: Aldo de Medeiros Lima Filho; **RS**: Ricardo Ferreira Breier; **RO**: Elton Jose Assis; **RR**: Ednaldo Gomes Vidal; **SC**: Rafael de Assis Horn; **SP**: Caio Augusto Silva dos Santos; **SE**: Inácio José Krauss de Menezes; **TO**: Gedeon Batista Pitaluga Júnior.

Coordenação Nacional das Caixas de Assistência dos Advogados – CONCAD

Pedro Zanete Alfonsin	Coordenador Nacional
Aldenize Magalhães Aufiero	Coordenadora CONCAD Norte
Andreia de Araújo Silva	Coordenadora CONCAD Nordeste
Itallo Gustavo de Almeida Leite	Coordenador CONCAD Centro-Oeste
Luis Ricardo Vasques Davanzo	Coordenador CONCAD Sudeste

Presidentes das Caixas de Assistência dos Advogados

AC: Thiago Vinicius Gwozdz Poerch; **AL:** Ednaldo Maiorano de Lima; **AP:** Jorge José Anaice da Silva; **AM:** Aldenize Magalhães Aufiero; **BA:** Luiz Augusto R. de Azevedo Coutinho; **CE:** Luiz Sávio Aguiar Lima; **DF:** Eduardo Uchôa Athayde; **ES:** Aloisio Lira; **GO:** Rodolfo Otávio da Mota Oliveira; **MA:** Diego Carlos Sá dos Santos; **MT:** Itallo Gustavo de Almeida Leite; **MS:** José Armando Cerqueira Amado; **MG:** Luís Cláudio da Silva Chaves; **PA:** Francisco Rodrigues de Freitas; **PB:** Francisco de Assis Almeida e Silva; **PR:** Fabiano Augusto Piazza Baracat; **PE:** Fernando Jardim Ribeiro Lins; **PI:** Andreia de Araújo Silva; **RJ:** Ricardo Oliveira de Menezes; **RN:** Ricardo Victor Pinheiro de Lucena; **RS:** Pedro Zanete Alfonsin; **RO:** Elton Sadi Fulber; **RR:** Ronald Rossi Ferreira; **SC:** Claudia Prudencio; **SP:** Luis Ricardo Vasques Davanzo; **SE:** Hermosa Maria Soares França; **TO:** Sergio Rodrigo do Vale.

Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados – FIDA

Felipe Samento Cordeiro	Presidente
Gedeon Batista Pitaluga Júnior	Vice-Presidente
Andreia Araújo Silva	Secretária-Geral
José Augusto Araújo de Noronha	Representante da Diretoria

Membros

Alberto Antonio Albuquerque Campos; Aldenize Magalhães Aufiero; Itallo Gustavo de Almeida Leite; Luciana Mattar Vilela Nemer; Luis Ricardo Vasques Davanzo; Paulo Marcondes Brincas; Pedro Zanette Alfonsin; Silvia Marcia Nogueira; Thiago Roberto Morais Diaz; Afeife Mohamad Hajj; Lucio Flávio Siqueira de Paiva; Nivaldo Barbosa da Silva Junior; Raquel Bezerra Cândido; Thiago Vinicius Gwozdz Poersch.

ESA Nacional

Ronnie Preuss Duarte	Diretor-Geral
Rafael Pontes de Miranda Alves	Diretor de Inovação e Tecnologia
Luis Cláudio Alves Pereira	Vice-Diretor

Conselho Consultivo:

Alcimir Aguiar Rocha Neto; Auriney Uchôa de Brito; Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos; Cristina Silvia Alves Lourenço; Delmiro Dantas Campos Neto; Graciela Iurk Marins; Henrique de Almeida Ávila; Luciana Christina Guimarães Lóssio; Igor Clem Souza Soares; Paulo Raimundo Lima Ralin; Thais Bandeira Oliveira Passos.

Diretores (as) das Escolas Superiores de Advocacia da OAB

AC: Renato Augusto Fernandes Cabral Ferreira; **AL:** Henrique Correia Vasconcellos; **AM:** Ida Marcia Benayon de Carvalho; **AP:** Verena Lúcia Corecha da Costa; **BA:** Thais Bandeira Oliveira Passos; **CE:** Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho; **DF:** Rafael Freitas de Oliveira; **ES:** Alexandre Zamprogno; **GO:** Rafael Lara Martins; **MA:** Antonio de Moraes Rêgo Gaspar; **MT:** Bruno Devesa Cintra; **MS:** Ricardo Souza Pereira; **MG:** Silvana Lourenco Lobo; **PA:** Luciana Neves Gluck Paul; **PB:** Diego

Cabral Miranda; **PR**: Adriana D'Avila Oliveira; **PE**: Mario Bandeira Guimarães Neto; **PI**: Aurelio Lobão Lopes; **RJ**: Sérgio Coelho e Silva Pereira; **RN**: Daniel Ramos Dantas; **RS**: Rosângela Maria Herzer dos Santos; **RO**: Solange Aparecida da Silva; **RR**: Caroline Coelho Cattaneo; **SC**: Marcus Vinícius Motter Borges; **SP**: Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho; **SE**: Kleidson Nascimento dos Santos;

Presidente Executivo da OAB Editora

José Roberto de Castro Neves

Comissão Especial de Defesa do Consumidor

Marié Lima Alves de Miranda

Presidente

Claudia Lima Marques

Vice-Presidente

Luciana Rodrigues Atheniense

Secretária

Láís Gomes Bergstein

Secretário-Adjunto

Membros

André Luiz Pinheiro Saraiva, Ewerton Kleber de Carvalho Ferreira, Ezio Jose Raulino Amaral, Henrique da Silva Lima, Igor Rodrigues Britto, Luiz Sávio Aguiar Lima, Marco Antonio Nobre Salum, Marcos Vervloet Dessaune, Ricardo Barbosa Cardoso Nunes, Rodrigo Palomares Maiolino de Mendonça, Teresa Cristina Fernandes Moesch.

Membros Consultores

Adriano de Oliveira Leite, Andrey Farache Barroso, Augusto de Paula Barbosa, Bianca Moraes Reis, Carla Simas Lima Peixoto, Cassio Drumond Magalhaes, Claudia Maria Santos da Silva, Cristiane Rose Soares Ribeiro, Felipe Gomes Manhaes, Fernando Martins de Freitas, Flavio Augusto Araujo Cardoso, Geyson José Gonçalves da Silva, Guilherme de Souza Fernandes Leão, Hugo Assis Passos, Icaro Ivvin de Almeida Costa Lima, Janaina Lusier Camelo Diniz, José Francisco Fernandes Júnior, Jose Vieira Alves, Leandro Carvalho dos Santos Silva, Lindojon Geronimo Bezerra dos Santos, Rariucha Amarante Braga Augusto, Ronnie Brito Bezerra, Sâmia Maria Jucá Santos Lessa, Stephanie Lorraine Lisboa, Vital Leal Leite.

A Comissão Especial de Defesa dos Consumidores do Conselho Federal da OAB registra um especial agradecimento ao Diretor Tesoureiro José Augusto Araújo de Noronha pelos seus reiterados esforços de apoio às iniciativas da Comissão realizadas nessa gestão, inclusive a edição da presente obra coletiva.

APRESENTAÇÃO

Marié Miranda*

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que redefiniu as relações de consumo no Brasil, e acima de tudo, nos ensinou a sermos consumidores. E este consumidor, despertou em nós, nossa convicção de cidadão.

O consumidor que goza de seus direitos ensinou o cidadão a lutar e o Código de Defesa do Consumidor teve um papel definitivo para essa mudança de comportamento, e nós que fazemos a Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil temos contribuído muito para aumentar esta conscientização.

Existe uma relação tão forte entre consumo e cidadania, que não é possível explicar onde começa um e acaba o outro. E esta simbiose se dá através do Direito do Consumidor, uma ferramenta de cidadania para se fazer valer os deveres e os direitos do consumidor, exercendo assim sua cidadania.

O CDC não é apenas um Código de Defesa do Consumidor, mas também o Código da Cidadania.

Esta obra reflete, na sua essência, a realização de um ideal dos valorosos advogados que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, membros da Comissão Especial de Defesa do Consumidor e membros das Comissões de Defesa do Consumidor das vinte e sete Seccionais.

* Graduada em Direito pela UFAL. Letras e Administração pelo CESMAC. Especialização em Direito Consumidor pela UFPE. Advogada pública. Procuradora do DER/AL. Ex professora Direito do Consumidor CESMAC. Recebeu o título de cidadã honorária do Estado de Alagoas em 07 de agosto 2018 pelos relevantes serviços prestados ao Estado. Diretora OAB Alagoas. Presidente Apafal. Diretora Brasilcon. Conselheira Titular do Conselho de Defesa do Consumidor do Estado de Alagoas. Membro Gestor da Frente Nacional de Defesa do Consumidor – FENADECON.

A obra coletiva intitulada Estudos de Direito do Consumidor, segundo volume, aborda temas relevantes para advocacia e para os consumidores, temas motivadores dos desafios e enfrentamentos da CEDC nesta gestão 2019/2021, trazidos pela pandemia do corona vírus, que hoje afligem nossos direitos como consumidores e operadores do direito.

Nesta obra abordamos o Superendividamento no Brasil e sua nova Lei nº 14.181/21, as questões do Setor Aéreo, Saúde Suplementar, Sistema Financeiro, Lei Geral de Proteção de Dados, Reparação de Danos nas Relações de Consumo, e também o Acesso a Justiça, hoje em risco, tendo em vista o projeto de Lei 355/19, em tramitação, que trata da pretensão resistida, que se aprovado, vai prejudicar não só aos consumidores, mas a toda advocacia. Pois pretensão resistida é um artifício usado sob o argumento de evitar a judicialização das relações de consumo no País – justamente um dos assuntos que mais demandam no judiciário. Objetiva tornar obrigatória a comprovação de pretensão resistida em âmbito extrajudicial a fim de qualificar o interesse processual do autor. Inclusive o Conselho Federal da OAB, através da CEDC lançou a Campanha Acesso Pleno a Justiça – OAB em Defesa da Liberdade do Consumidor, por entender relevante o tema.

A pandemia trouxe muitos desafios e enfrentamentos para a Comissão Especial de Defesa do Consumido, nesta gestão de 2019/2021, mas a OAB que tem por finalidade defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, e com base nestes princípios e fundamentos defendemos os consumidores brasileiros com muita responsabilidade e comprometimento, e muitas medidas foram tomadas visando assegurar estes direitos, apesar de estarmos vivenciando uma desconstrução do Direito do Consumidor em nosso país.

Entendemos que o direito dos consumidores, como garantia constitucional, se insere na vedação aos retrocessos. Mas hoje prevalece o interesse para manutenção de um mercado de consumo equilibrado, e os consumidores é que estão sendo penalizados.

Infelizmente, a crise global instaurada em 2020 em virtude da pandemia Covid-19, nos trouxe inúmeras dificuldades, e também muitas inovações, que gerou discursões e trabalho para CEDC. Em meio às crises econômica e política, os direitos dos consumidores andam para trás nas discussões no Congresso, Poder Executivo e no Poder Judiciário e no atendimento das empresas.

O Conselho Federal da OAB, através da Comissão Especial de Defesa do Consumidor, agiu fervorosamente contra estes retrocessos, enfrentando várias dificuldades, ingressando com ações judiciais, campanhas nacionais, enfrentamentos com os três poderes, audiências públicas, manifestos, e diversas outras ações, demonstrando o comprometimento com a proteção da cidadania, contribuindo para que não haja perdas ao direito adquirido dos consumidores.

Esta obra coletiva reflete o esforço do trabalho realizado pelos membros da CEDC e membros das CDC Seccionais, escrito por distintas e várias perspectivas, mas que expressam opiniões para que os leitores construam ideias e aprendam mais. É o registro histórico do trabalho realizado na defesa do consumidor do nosso país realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, através da Comissão Especial de Defesa do Consumidor e as Comissões Seccionais.

É com muito orgulho que preparamos esse livro, pois é um reflexo da nossa dedicação, comprometimento, responsabilidade e amor naquilo que nos propomos a fazer: defender o direito do consumidor brasileiro.

PREFÁCIO

Claudia Lima Marques*

Saúde-se o novo livro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil – CEDC-CFOAB, presidida pela engajada e brilhante Dra. Marié Miranda. Este livro, que festeja os 30 anos de entrada em vigor do CDC, foi organizado em conjunto com as Comissões de Defesa do Consumidor das Seccionais da OAB, e presenteia a comunidade jurídica com uma segunda obra coletiva inédita e marcante, voltada para a advocacia. Atualizar a advocacia frente às novidades, como a Lei 14.181, de 1 de julho de 2021, e os grandes desafios em direito do consumidor é objetivo do livro.

A primeira contribuição desta Comissão foi a obra intitulada Estudos de Direito do Consumidor, publicada em 2018, ao término da primeira gestão à frente da CEDC e reuniu advogados e pesquisadores de todo o país para refletir sobre temas relevantes para os jurisdicionados brasileiros. Nessa segunda obra, novamente os Presidentes e Membros das Comissões de Defesa do Consumidor de todas as regiões do país se uniram para debater e propor soluções para o enfrentamento dos principais desafios da defesa do consumidor no Brasil. A novidade é que

* Professora Titular e Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS, Professora Permanente do PPGD UFRGS. Doutor Honoris Causa pela Justus-Liebig-Universität Gießen, Alemanha (2018) e pela Université Savoie Mont Blanc, França (2019). Tem Pós-doutoramento (2003) e Doutorado summa cum laude (Doctor Iuris Utriusque) pela Universidade de Heidelberg (1996). Mestre na Universidade de Tübingen (1987). Relatora-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Atualização do Código de Defesa do Consumidor. Ex-Presidente do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Brasília. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq ‘Mercosul, Globalização e Direito do Consumidor’ UFRGS. Coordenadora brasileira da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor (DAAD-CAPES). Bolsista produtividade 1A do CNPq. Advogada e Vice-Presidente da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB.

os trabalhos ora apresentados são mais sucintos, objetivos e focados na prática de proteção e defesa dos contratantes vulneráveis.

Sem nenhum tipo de direcionamento social ou político, atenta ao dever de proteção aos consumidores pelo Estado, imposto pelo artigo 5º, XXXII, e pelo art. 170, V, da Constituição Federal, a presente obra coletiva aborda os temas que se encontram em evidência em nossa sociedade, distingue avanços e retrocessos na proteção aos consumidores e, mais do que isso, propõe soluções para as dificuldades enfrentadas no dia a dia, por advogados e jurisdicionados.

Esta obra é dividida em seis grandes partes, abrangendo 1. Projetos de lei de atualização do CDC, avanços e retrocessos no Direito do Consumidor; 2. Direitos Básicos dos consumidores; 3. Qualidade de produtos e serviços, prevenção e reparação de danos aos consumidores; 4. Proteção contratual dos consumidores; 5. Meios autocompositivos de resolução de conflitos; 6. A tutela dos consumidores em Juízo.

Os artigos ora reunidos apresentam aspectos relevantes da realidade dos consumidores em todo o nosso país. São lembradas as grandes vitórias do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, no qual se inclui a CEDC, como a aprovação da Lei nº 14.181/2021, que aperfeiçoa o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) para contemplar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, na qual a OAB teve atuação destacada nos últimos anos. Além disso, são abordados diversos desafios da defesa dos consumidores, propondo-se soluções práticas para a advocacia pública e privada, observadas as peculiaridades da aplicação do direito do consumidor em cada região.

Louve-se a iniciativa do Conselho Federal da OAB de edição desta obra, pois promove um livre e efetivo diálogo em prol do aprimoramento das relações entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços. A grande lição é que uma vez que o microssistema, construído a partir do Código de Defesa do Consumidor e agora renovado pela Lei 14.181/2021, fornece as ferramentas jurídicas

necessárias para proteger estes vulneráveis e harmonizar as relações de consumo no mercado brasileiro, a defesa do consumidor é construída dia a dia, com o trabalho árduo de todos os integrantes do Sistema Nacional de Defesa dos Consumidores e os advogados, que no seu ministério privado também cumprem importantíssima função social e de Justiça. 30 anos é um logo tempo, mas é necessário manter as conquistas e renovar o enfrentamento dos novos desafios que a evolução da sociedade e da tecnologia trouxeram, por isso incluímos também uma secção sobre a necessária continuação do processo de atualização do CDC.

As reflexões e ideias aqui reunidas serão certamente muito úteis para o avanço da defesa dos consumidores no país e a diminuição dos conflitos e lides neste tema. Esperamos que essa obra coletiva possa ser tão bem recebida quanto a primeira de 2018, fruto de muito esforço e dedicação, e que possa satisfazer as necessidades de advogados, professores, estudantes, profissionais e jurisdicionados interessados no Direito do Consumidor e sua aplicação no Brasil, novamente, do Caburá ao Chuí!

SUMÁRIO

1. Projetos de Lei de atualização do CDC, avanços e retrocessos no direito do consumidor

NOTA SOBRE A ATUALIZAÇÃO DO CDC EM MATÉRIA DE SUPERENDIVIDAMENTO LEI 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata..... 3

Claudia Lima Marques

A “VACINA” CONTRA O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR: lei nova, vida nova 29

Cristiano Heineck Schmitt, Teresa Cristina Fernandes Moesch

O PL 3514/2015 PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO..... 41

Antônio Carlos Efig, Laís Bergstein

A COMPULSORIEDADE NA ARBITRAGEM DE CONSUMO E A PROVA DA PRETENSÃO RESISTIDA COMO LIMITADORAS NO ACESSO À JURISDIÇÃO..... 51

Naira Chrístian Béga

OS ATAQUES ÀS POLÍTICAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR..... 61

Augusto de Paula Barbosa

2. Direitos Básicos dos Consumidores

A PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONCESSÃO DE CRÉDITO COMO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR (CDC, art. 6º, XXII)	71
---	-----------

Geyson Gonçalves

SAÚDE COMO DIREITO.....	81
--------------------------------	-----------

Carla Simas Lima Peixoto

DESAFIOS DA TELEMEDICINA NO BRASIL: embate regulatório para a modalidade teleconsulta e reflexos para o consumidor	89
--	-----------

Vinicius de Negreiros Calado, Joaquim Pessoa Guerra Filho,
Bruno Valle Almeida

LIMITES DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS.....	99
---	-----------

Bernardo Corrêa de Sousa Pessi, Felipe Roeder da Silva

3. Qualidade de produtos e serviços, prevenção e reparação de danos aos consumidores

GARANTIA LEGAL E GARANTIA CONTRATUAL. DESTAQUE À LIVRE CONCORRÊNCIA DO MERCADO DE CONSUMO E O DIREITO PRECEDENTE DO FABRICANTE DE PROMOVER REPAROS EM CASO DE VÍCIO DE QUALIDADE. DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).....	111
---	------------

Fabrizio Bordallo, Bernardo Mendes

**A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL E A CRESCENTE
SUPERACÃO DA TESE DO “MERO ABORRECIMENTO”.....121**

Marcos Dessaune

**RISCO DO DESENVOLVIMENTO E REPARAÇÃO DE DANOS NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO.....133**

Luis Miguel Barudi

4. Proteção contratual dos consumidores

**A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR COMO
INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO143**

Ana Paula de Aguiar

**O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL EM CONTRATOS DE
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: uma análise crítica da
jurisprudência do STJ.....153**

Nicolas Fassbinder

5. Meios autocompositivos de resolução de conflitos

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E OS MEIOS
AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
(negociação, mediação ou conciliação).....165**

Bernardo Mendes, Patrícia Dantas

**A NECESSÁRIA ASSISTÊNCIA DE CONSUMIDORES POR
ADVOGADOS NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.....175**

Larissa Leal, Fabiana Prietos Peres

6. A tutela dos consumidores em Juízo

O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA QUALIFICADA: uma busca por decisões tempestivas, efetivas e justas nos JEC'S.....185

Ricardo Albuquerque e Albuquerque, Felipe de Alcântara Silva
Estima, Wdson Pyerre Soares Silva

O DIREITO DO CONSUMIDOR DE ACESSO À JUSTIÇA X RESOLUÇÃO N. 43/17 TJMA: a inconstitucionalidade da vinculação da resposta jurisdicional à submissão da demanda consumerista às plataformas de conciliação extrajudiciais.....195

Hugo Assis Passos, Sérgio Felipe de Melo Silva

A PANDEMIA DA COVID-19 E A REVISÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....203

Fabiano Daniel Both, Maria Alice Trentini Lahoz, Mayara Evelyn Gevaerd de Barcelos

A TUTELA JURISDICIONAL AO CONSUMIDOR PASSAGEIRO AÉREO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19213

Luciana Rodrigues Atheniense, Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento

EMPRÉSTIMO 'COMPULSÓRIO': o novo cartão de crédito encaminhado sem solicitação do consumidor227

Gabriela Pereira de Melo Teixeira

O CDC APLICADO SEGUNDO ESCOPO DE ATUAÇÃO DOS FORNECEDORES DE BENS E SERVIÇOS: da harmonização dos interesses dos partícipes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor à livre iniciativa.....235

Bernardo Mendes

POSFÁCIO251

Luiz Viana Queiroz

1. Projetos de Lei de atualização do CDC, avanços e retrocessos no direito do consumidor

NOTA SOBRE A ATUALIZAÇÃO DO CDC EM MATÉRIA DE SUPERENDIVIDAMENTO LEI 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata*

Claudia Lima Marques**

1 INTRODUÇÃO

A CEDC e a OAB merecem todas as homenagens pela aprovação da Lei 14.181,2021, que atualizou o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em matéria de crédito responsável, prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor. Em uma movimentação nacional, com nossas subseções e comissões de defesa do consumidor, liderados pela Presidente Dra. Marié Miranda, houve um esforço coletivo de muito sucesso, a que se somou ao Brasilcon, aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o governo e o Parlamento. Fica aqui o meu agradecimento a todos e em especial aos Presidentes Cláudio Lamachia, Felipe Santa Cruz e à querida amiga Marié Miranda.

* Versão especial para o livro da CEDC CF OAB, da nota publicada na **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 137 (2021), intitulada ‘Notas sobre a Lei 14.181/2021: a noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata’.

** Professora Titular e Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS, Professora Permanente do PPGD UFRGS. Doutor Honoris Causa pela Justus-Liebig-Universität Gießen, Alemanha (2018) e pela Université Savoie Mont Blanc, França (2019). Tem Pós-doutoramento (2003) e Doutorado summa cum laude (Doctor Iuris Utriusque) pela Universidade de Heidelberg (1996). Mestre na Universidade de Tübingen (1987). Relatora-Geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para a Atualização do Código de Defesa do Consumidor. Ex-Presidente do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Brasília. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq ‘Mercosul, Globalização e Direito do Consumidor’ UFRGS. Coordenadora brasileira da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor (DAAD-CAPES). Bolsista produtividade 1A do CNPq. Advogada e Vice-Presidente da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB.

Efetivamente, a Lei 14.181/2021 é um verdadeiro “divisor de águas” do Direito Privado ao revalorizar o microsistema do CDC, em tempos de “Liberdade Econômica” e crise da COVID-19. A novel Lei sistematiza, no Código de Defesa do Consumidor, as normas sobre os novos paradigmas de informação, de concessão responsável de crédito, que preserve o mínimo existencial e previna o superendividamento, aumentando os direitos do consumidor, incluindo a educação financeira, a preservação do mínimo existencial, a revisão e a repactuação da dívida. Enfim, reconhece o superendividamento (individual) do consumidor como um fator de exclusão social e um problema coletivo de política econômica e jurídico.

O superendividamento dos consumidores é problema que deve ser tratado como qualquer outro mal da sociedade de consumo, com boa-fé, com informação e esclarecimentos específicos, com restrições para o *marketing* agressivo, com cooperação e cuidado para com os leigos, combatendo as práticas comerciais abusivas e o assédio de consumo, possibilitando identificar erros e fraudes, cooperando para o bom fim dos contratos -que são seus pagamentos -, reforçando a prevenção do superendividamento do consumidor pessoa física. Também ao trazer novos paradigmas e instrumentos processuais de tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção da dignidade do consumidor pessoa natural e ao valorizar os órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, os PROCONs e as Defensorias Pública, sempre ao lado do Ministério Público e dos Tribunais, em especial dos CEJUSCs, para destacar o trabalho de conciliação em bloco entre o consumidor superendividado e todos os seus credores, para a elaboração de um plano de pagamento.

A base da Lei 14.181/2021 é a boa-fé, tanto no crédito responsável e no combate à exclusão social, quanto na imposição de uma nova “cultura do pagamento” ou a superação da cultura da dívida e da exclusão social dos consumidores superendividados; encontram-se medidas, deveres e direitos diretamente oriundos da boa-fé objetiva. No

superendividamento da pessoa natural, sem dúvida, mais do que impossibilidade individual de fazer frente ao conjunto de suas dívidas, de já se estar prejudicando o mínimo existencial ou de sobrevivência, de já estar inadimplente em algum de seus créditos, é certo que a boa-fé exige a cooperação para bom fim do contrato, que é o pagamento das obrigações pelo consumidor. A boa-fé é o paradigma da conduta na sociedade contemporânea,¹ e nela se inclui a cooperação do credor para evitar a ruína do devedor, ainda mais se vulnerável e leigo.

O novo direito do consumidor estabelecido no art. 6º, XI e XII do CDC, deixa bem claro que a preservação do mínimo existencial é tanto na repactuação como na concessão do crédito. Apesar do veto presidencial a um limite do crédito, em especial limite ao crédito consignado a uma porcentagem do salário (vetado art. 54-E), resta o direito ao mínimo existencial em todos os créditos, que será determinado por regulamentação. A própria definição de superendividamento frisa como elemento principal, não a insolvência, mas sim o comprometimento ao mínimo existencial, noção constitucional sobre um mínimo de sobrevivência e dignidade do consumidor pessoa natural, que aqui se incorpora ao CDC: “Art. 54-A [...]. § 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.”

A preservação do mínimo existencial é novo direito do consumidor e está na própria definição de superendividamento como elemento finalístico e teleológico, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. A doutrina está chamando esse paradigma de paradigma

¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 284 e ss. e AGUIAR JR., Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995. p. 20.

da essencialidade.² Como já escrevemos, essa é uma das grandes contribuições ao Direito Privado Solidário do novo CDC: “porque no âmbito da legislação infraconstitucional retira o ‘mínimo existencial’ (artigo 6º CF) de conjecturas abstratas, proporcionando viabilidade legislativa e socorrendo a jurisprudência nacional que há tempos manifestava pela proteção do núcleo inquebrantável de direitos fundamentais. Clara oxigenação aos ‘limites do sacrifício’.”³

O mínimo existencial é mencionado nos Artigos 6º, XI e XV, 54-A, § 1º, 104-A *caput* e 104-C, § 1º. Do direito público, chega ao direito privado solidário como um direito fundamental ao mínimo de existência digna, tanto na concessão do crédito como na repactuação das dívidas. Realmente é essa a expressão “existência digna” do art. 170, *caput*, da CF/1988, direito fundamental social retirável do art. 6º da CF/1988, agora incorporado no CDC. Sua regulamentação é prevista na Lei 14.181/2021, mas deverá ter muito cuidado, evitando o retrocesso e a inconstitucionalidade, motivo por que a regra já é plenamente utilizável mesmo antes de sua regulamentação. Vejamos.

2 A NOÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL EM GERAL

O mínimo existencial tem fonte constitucional, e a Lei 14.181/2021 inclui o mínimo existencial como parte integrante da

² GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 02 jul. 2021.

³ MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando R. Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-fundamento-republicano-senado-federal>. Acesso em: 25 jul. 2021.

definição de superendividamento, o que é uma inovação.⁴ A proteção do mínimo existencial e a proteção das condições mínimas de sobrevivência do consumidor pessoa natural respeita o princípio da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) e concretiza o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da CF/1988), assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de “assegurar a todos existência digna” (art. 170 da CF/1988).

No relatório do Anteprojeto está escrito: O mínimo existencial, enquanto garantia, “independe de expressa previsão constitucional”, conforme leciona Ingo Sarlet⁵. E prossegue o autor, ensinando que “o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental.”

Tanto a necessidade de preservar o mínimo existencial, em especial nos contratos de crédito consignado, que retira do idoso a possibilidade de liberdade de escolha a quem pagar (despesas médicas, remédios, alimentação etc.), quanto a necessidade de reforçar o dever de informar e de esclarecimento sobre os ônus do crédito e do inadimplemento, antes da contratação, assim como a oferta prévia mantida por algum tempo, para poder o consumidor comparar ofertas e refletir melhor antes de vincular-se, devem ser levadas em consideração na proposta⁶.

⁴ Veja, por todos, BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 83 e veja a análise de direito comparado, p. 47 e ss.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation. In: RAMSAY, Iain et al. (ed.). **Consumer over-indebtedness**. Oxford: Hart Publ, 2009. p. 156 e ss.

No sistema francês, que permite a reeducação do consumidor ao se submeter a uma conciliação conjunta com todos seus credores e comprometer-se a pagar suas dívidas, também há que se preservar o mínimo existencial ou mínimo vital denominado “*restre a vivre*”.⁷ Noção oriunda do direito público,⁸ como ensina Kazuo Watanabe, “o *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país.”⁹

Essa noção, conhecida também na França,¹⁰ tem a ver com a dignidade da pessoa humana, mas o mínimo existencial em matéria de crédito, apesar de ter sua origem na noção do direito público, seria a “quantia capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, transporte, entre outras”. Hoje, indiretamente, por se permitir a consignação de apenas 30% do salário do funcionário público, imagina-se que o mínimo existencial é 70% do salário ou pensão. Em outras palavras, com os 70% a pessoa pode continuar a escolher quais dos seus devedores paga mês a mês e viver dignamente com sua família, mesmo que ganhe pouco, sem cair no superendividamento. Limitar a consignação a esse patamar parece necessário também no Brasil.¹¹ Na organização do plano, há de se

⁷ FLORES, Philippe. A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 78, abr. 2011. p. 67.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

⁹ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, mar. 2011, p. 13 e ss.

¹⁰ CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul.-ago. 2018.

¹¹ Veja CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de

preservar o mínimo existencial, ou o credor não consegue cumprir o plano e pagar suas dívidas. Preservado esse mínimo, pela presença do Judiciário e do conciliador indicado pelo juízo, o consumidor estimula-se a pagar e a limpar seu nome.

Note-se que nas versões preliminares dos anteprojatos que seriam mais tarde o PLS 283/2012 e PLS 281/2012, na Comissão de Juristas do Senado Federal as regras iniciais estavam todas no Projeto de Lei inicial, do superendividamento, Art. 1º, 5º, 6º e 7º.¹² A discussão em audiências públicas a Comissão de Juristas do Senado Federal ensaiou uma definição de mínimo existencial, mas não incluiu.

Somente no primeiro relatório na Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor (criada em 18 de outubro de 2013, pelo Requerimento 1.179, de 2013), incluiu-se uma definição exemplificativa de mínimo existencial (“na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, a preservação do mínimo existencial, entendido como a quantia mínima destinada à manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde e moradia, entre outras despesas essenciais”),¹³ a qual não foi aceita no plenário e o substitutivo do Senador Ferraço final já não a menciona. A inclusão vinha assim explicada e justificada na Minuta do relatório da Comissão em dezembro de 2013: “A inclusão da preservação do mínimo existencial é importante para fornecer alguns parâmetros aos financiadores na hora da concessão do crédito e também ao juiz ou ao

consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 76, out. 2010. p. 74 e ss.

¹² Veja Versões preliminares dos Projetos, PL sem número sobre comércio eletrônico, p. 295 e ss., PL sem número sobre crédito e superendividamento, p. 303 e ss. O art. 6º encontrava-se na p. 296.

¹³ Veja Parecer de plenário, Setembro de 2015, **Diário do Senado Federal**, Quarta-feira, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=19763&paginaInicial=&paginaFinal>.

conciliador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no momento de aceitar o plano e a conciliação (repactuação).”¹⁴

Seria mais um direito básico do consumidor e o texto é mencionado na tese de doutorado de Karen Bertoncello: “Art. 6º, XII – na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, a preservação do mínimo existencial, compreendido como a quantia mínima destinada à manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência assim entendidas as referentes a água, luz, alimentação, saúde, moradia e educação.”¹⁵

Tratava-se de exemplos, mas foram muito discutidos e se preferiu delegar à regulamentação, assim alcançou-se no plenário uma aprovação unânime, preservando-se a noção em abstrato. Mencione-se que, além do PLS 283/2012, também o projeto processual, o PLS 282/2012, que não foi aprovado no Senado Federal, mencionava o mínimo existencial, no então denominado art. 104-A da parte processual coletiva.¹⁶

Em resumo, no Substitutivo final do Senador Rodrigo Ferrazo, que dá nascimento ao PL 3515/2015, nesse momento, foi inserida a necessidade de regulamentação do mínimo existencial, possivelmente por Decreto ou pelo Banco Central, e retirados quaisquer exemplos do que constitui essa noção geral e constitucional do mínimo existencial,

¹⁴ O texto dessa primeira minuta foi comentado na RDC: “A seguir, publicamos um extrato do parecer da Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor, presidida pelo Senador Rollemberg e tendo como relator geral, o senador Ferrazo” (MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Extratos dos Substitutivos dos Projetos de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de Autoria do Senador Ricardo Ferrazo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 90, p. 265-294, nov./dez. 2013.

¹⁵ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 83 e nota 145.

¹⁶ O texto era: “Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo. § 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos. § 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência ou assegurar o *mínimo existencial*. § 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador. (grifo nosso)”

em matéria de concessão de crédito e repactuação de dívidas. O parecer final do substitutivo, parecer 698/2015 do Senador Ferraço, explica a necessidade de regulamentação e a importância da noção:

“ii. PLS 283 de 2012. Incluímos, em todo o PLS, a previsão de regulamentação para definição de mínimo existencial. Isso acarretou em alteração dos art. 6º, incisos XI e XII; art 54-A, § 1º; art. 104-A, caput; e art. 104-C, § 1º. Dos dispositivos mencionados, passou a constar da expressão ‘mínimo existencial, nos termos da regulamentação’. Em debate com diversos atores do direito consumerista, compreendeu-se que o conceito de mínimo existencial definido no PLS varia de indivíduo para indivíduo já que cada indivíduo possui um mínimo existencial particular que depende, entre outras, do número de dependentes, da renda total familiar e do montante dos gastos referentes a água, luz, alimentação, saúde, moradia e educação. Esta grande variabilidade torna o conceito de mínimo existencial impreciso e potencialmente gerador de incerteza jurídica. Tal argumento, por si, justificaria que se fizesse constar que os conceitos de ‘mínimo existencial’ e ‘superendividamento’ e sua aplicabilidade seriam definidos em sede de decreto. Além disso, considerando que os §§ 1º e 2º do art. 54-A determinam que toda e qualquer dívida de consumo e compromisso financeiro poderiam compor o rol de dívidas elegíveis para o tratamento diferenciado, ficou estabelecido um incentivo a um consumo exagerado (de produtos, serviços e de crédito) pois bastaria ao indivíduo consumir um montante suficiente que ‘comprometa seu mínimo existencial’ para que o mesmo se torne um beneficiário de um tratamento diferenciado. A aplicabilidade dos dispositivos acima elencados, na forma que os mesmos se encontram, teria como consequência direta a restrição de acesso ao crédito por parte das classes menos favorecidas que seriam, injustamente, discriminadas. É de conhecimento público que tais segmentos enfrentam dificuldades para compor o seu mínimo existencial, sendo o crédito um importante aliado já que, como por exemplo o crédito consignado, consumidores deste extrato vem conseguindo realizar suas transações e pagar por elas por ocasião do recebimento de seus salários. Há, assim, um segmento social numerosamente representativo, que usa

conscientemente o crédito (i.e., não se tornam inadimplentes) e o tem como um aliado.”¹⁷

A inclusão do mínimo existencial foi muito positiva e ainda estendida durante a passagem do PL 3515/2105 na Câmara. Veremos, agora, alguns detalhes.

3 AS ORIGENS DO MÍNIMO EXISTENCIAL “SUBSTANCIAL DE CONSUMO” PRESENTE NA LEI 14.181/2021 E AGORA NO CDC

O mínimo existencial tem sua origem no direito público,¹⁸ trata-se de um direito fundamental ao mínimo de existência digna (*Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum*).¹⁹ Realmente é esta a expressão “existência digna” do art. 170, *caput*, da CF/1988, direito fundamental social retirável do art. 6º da CF/1988. A doutrina considera que o mínimo existencial seria direito “pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social.”²⁰

¹⁷ **Diário do Senado Federal**, Quarta-feira, 9 de setembro de 2015, p. 102-103. Parecer 698/2015, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre os Projetos de Lei do Senado 281 e 283/2012. p. 97-140.

¹⁸ Veja citando Torres, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan.-mar. 2007.

¹⁹ Assim BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. **Das Existenzminimum im Zivilrecht**. Hamburgo: Kovac V., 2018. p. 327 e ss.

²⁰ CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul.-ago. 2018.

No direito privado, está ligado à ideia de não penhorabilidade do patrimônio mínimo, de um mínimo vital ou de sobrevivência protegido.²¹ Em direito do consumidor, o direito ao mínimo existencial está presente nas discussões do corte de luz, nas interpretações da cláusula geral de boa-fé²² e equidade do art. 51, inciso IV, do CDC

Como ensina Kazuo Watanabe, “o *mínimo existencial*, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país”.²³

A doutrina defende que a noção constitucional seja adaptada ao superendividamento, o que os irmãos Dahinten denominam: “mínimo existencial de consumo”.²⁴ A ideia é correta, pois há um mínimo existencial constitucional e uma noção mais restrita na concessão de crédito e na repactuação das dívidas através dos planos de pagamentos, conciliatórios ou judiciais da Lei 14.18/2021, que apesar de ligada à dignidade da pessoa humana, tem mais proximidade com um mínimo de sobrevivência “substancial” (expressão de Karen Bertoncello)²⁵ na sociedade de consumo ou da noção francesa instrumental e pragmática de um *restre a vivre* (o necessário, o que viabiliza, o que sobra para viver, no caso a caso dos planos

²¹ Veja-se, por todos, FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²² Assim BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. **Das Existenzminimum im Zivilrecht**. Hamburgo: Kovac V., 2018.p. 344 e ss.

²³ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, v. 193, mar. 2011. p. 13 e ss.

²⁴ DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 135-165, jul.-ago. 2016.

²⁵ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 125 e ss.

de pagamento das dívidas).²⁶ Nesse sentido, gostaria de denominar este mínimo existencial da Lei 14.181/2021 e agora do CDC, de “mínimo existencial substancial de consumo”. Vejamos.

O conceito de mínimo existencial constitucional, como ensina Ingo Sarlet, é difícil de ser fixado, evolui no tempo e é mais amplo diretamente vinculado à garantia irrenunciável de uma existência digna, assim “abrange mais do que uma mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta”, bem como “não pode ser reduzida à mera existência.”²⁷ Porém, mesmo nessa ‘largueza abstrata constitucional’, trata-se de um direito social com efeitos horizontais entre privados: “(...) o mínimo existencial no que diz com a garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais (assim como o conteúdo em dignidade é irrenunciável no campo dos direitos fundamentais em geral), e, portanto, vincula o próprio (particular) titular do direito e, por via de consequência, também acaba por gerar um correlato e direto dever jurídico de respeito e proteção, mesmo por parte de outros particulares (...)”.²⁸

Nesse ponto do direito-dever de respeito e proteção se insere a nova regra de garantia, na concessão do crédito e na repactuação das dívidas (art. 6º, XII, do CDC), da “preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. Concorde-se, pois, que se trata de concreção da noção constitucional a um caso concreto especial, de dignidade do consumidor,

²⁶ Veja, por todos, CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul./ago. 2018.

²⁷ Assim SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 309 e ss.

²⁸ SARLET, Ingo W. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações, in MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). **Direitos do consumidor endividado II**: vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (p. 107-142), p 140.

seja na concessão de crédito, seja na repactuação de dívidas e em todos os planos de pagamento da Lei 14.181/2021.

A principal obra sobre o tema do mínimo existencial, no Brasil, é a tese de doutorado na UFRGS de Karen Rick Danilevicz Bertoncello, a qual opta por não incluir um cálculo básico para o mínimo existencial (“a fixação em lei de um percentual fixo como mínimo existencial deve ser evitada”).²⁹ A autora considera que a “construção” de um mínimo existencial no caso a caso, através da conciliação do superendividamento, tem caráter “pedagógico” e “depende da atuação ativa de todos os envolvidos naquele ambiente de renegociação”.³⁰ Assim, Karen Bertoncello sugere uma classificação e instrumentos para concretizar caso a caso essa figura, esse “direito social fundamental”, sugerindo: “O *mínimo existencial substancial* (ou mínimo existencial propriamente dito) pode ser identificado quanto ao momento, quanto à forma e quanto ao conteúdo, a saber: a) *quanto ao momento*, é identificado na fase conciliatória, quando alcançado o entendimento entre devedor e credor(es), com a formatação de acordo homologado pelo juiz; ou, na fase judicial, através da prolação da sentença; b) *quanto à forma* (moldura), o mínimo existencial substancial deve ser assegurado ex officio, é irrenunciável, não podendo ser fixado aprioristicamente; c) *quanto ao conteúdo* (pintura), deve ser apurado quando da apreciação do caso concreto com a preservação de parte do orçamento pessoal do devedor para garantir que viva em condições dignas e viabilizando o pagamento das despesas básicas.”³¹

²⁹ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 132.

³⁰ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 123.

³¹ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 131.

E defende a denominação “mínimo existencial substancial”, que é encontrada caso a caso, mas trata-se de quantia “capaz de atender as despesas básicas do devedor”.³²

Em sua tese, Bertoncello não deixa de mencionar a opção francesa que é diferente, que usa a porção “penhorável” do salário (*saisissables* ou *cessibles*) também para o cálculo do mínimo existencial e o limite dos descontos.³³ No Art. R3252-2 do Código do Trabalho³⁴ (modificada pelo Dec. 2010-1519, em vigor desde 01 de janeiro de 2020) se observa que um valor do salário é fixado (3.870 Euros) e permite 20% de desconto deste. A partir daí faixas de descontos são fixadas: se ganha mais de 3.870 e até 7.550 Euros, sobre a porção superior a 3.870 é possível descontar mais 10% (20%+10%). Se o salário é entre 7.550 e 11.250, é possível incluir mais 5% sobre a porção superior a 3.870 (20%+15%). Depois vem porcentagens além dos 3.870 Euros: se a remuneração mensal é entre 11.250 e 14.930 Euros, sobre a porção superior a 3.870 é possível descontar 1/4 desta, entre 14.930 a 18.610, sobre a porção superior a 3.870 é possível descontar 1/3 desta, entre 18.610 a 22.360, o desconto pode ser de dois terços, e se a pessoa ganha mais do que 22.360 Euros, o que há a mais do que 3.870 pode ser usado em sua totalidade.³⁵

³² BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 131.

³³ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 54, versão e valores de 2011.

³⁴ Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000039806110. Acesso em: 17 jul. 2021.

³⁵ A redação do Art. 3252-2 do Código do trabalho da França é: “Article R3252-2. La proportion dans laquelle les sommes dues à titre de rémunération sont saisissables ou cessibles, en application de l'article L. 3252-2, est fixée comme suit : 1° Le vingtième, sur la tranche inférieure ou égale à 3 870 €; 2° Le dixième, sur la tranche supérieure à 3 870 € et inférieure ou égale à 7 550 €; 3° Le cinquième, sur la tranche supérieure à 7 550 € et inférieure ou égale à 11 250 €; 4° Le quart, sur la tranche supérieure à 11 250 € et inférieure ou égale à 14 930 €; 5° Le tiers, sur la tranche supérieure à 14 930 € et inférieure ou égale à 18 610 €; 6° Les deux tiers, sur la tranche supérieure à 18 610 € et inférieure ou égale à 22 360 €; 7° La totalité, sur la tranche supérieure à 22 360 €.”

Em sua pesquisa empírica, Karen Bertoncello analisa 254 casos na comarca de Sapiranga (RS), divididos em 71,4% que ganhavam entre 1 e 3 salários-mínimos e 5,9% que ganhavam menos de 1 salário-mínimo, então, no total, 77,3% ganhavam até 3 salários mínimos. Entre 3 e 5 salários-mínimos temos 6,3% e entre 5 e 10 salários-mínimos, 2,8%. A faixa superior a 10 salários-mínimos é ínfima, 0,4%,³⁶ mas um grande número, 8,3% não responderam ou estavam sem renda. Interessante que nesta pesquisa empírica analisam-se as faixas e o mínimo existencial. Entre os que ganham até 3 salários mínimos (77,3%), da ativa e os aposentados, estes utilizam 43,6% a 45,8% da renda mensal na alimentação, 11,9% a 5,42% da renda no aluguel, 10,8% a 10,03% da renda no pagamento das despesas de luz, de 5,2% a 11,02% em medicamentos, de 4,55% a 1,74% em educação, 4,22% a 4,34% em água, 4,31% a 5,99% da renda para pagar as despesas de telefone, 2,2% a 3,88% para pagar impostos, 2,04% a 0,18% para pagar pensão alimentícia, de 1,27% a 1,31% da renda em despesas de planos de saúde e congêneres.³⁷ Essa variação mostra que a depender da faixa etária, os gastos mudam. Por exemplo, os aposentados gastam mais em medicamentos, mas menos em aluguel. De outro lado, esta variação demonstra que a lista de exemplos que estavam no texto da Comissão Temporária, era apenas exemplificativo, a saber: um mínimo para a “manutenção das despesas mensais razoáveis de sobrevivência assim entendidas as referentes a água, luz, alimentação, saúde, moradia e educação.”

A Ordem dos Economistas do Brasil, em seus relevantes estudos enviados à Câmara de Deputados e ao Senado Federal sobre o impacto macroeconômico do PL 3515/2015, também enviou documento sobre os gastos e conclui que, na faixa de 1 a 5 salários-mínimos, a

³⁶ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 95-97.

³⁷ BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor**: mínimo existencial – casos concretos. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 44 e 45, sendo a primeira porcentagem a geral e a segunda dos aposentados. Dados do Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor, Pesquisadora responsável: Karen Bertoncello, Supervisora: Claudia Lima Marques.

maioria dos consumidores que precisarão de ajuda para a repactuação das dívidas necessitam preservar 65% a 70% do que ganham para manter os gastos de consumo mínimos.³⁸

Na Portaria Modelo do Brasilcon para instituições de Núcleos de Apoio aos Superendividados para os PROCONs, destaca-se que, se pela Lei 14.181/2021 o plano de pagamento as dívidas exclui as com garantia real, dos financiamentos imobiliários, as contraídas por indenizações judiciais, as dívidas alimentícias, as dívidas fiscais, as dívidas de condomínio, as dívidas rurais e de aluguel, essas deverão ser levadas em conta para o estabelecimento do mínimo existencial do consumidor, mas que ficam fora do processo de repactuação de dívidas.

Destaca-se do texto também o seguinte: “cálculo do mínimo existencial deverá levar em conta a situação familiar e de moradia e de alimentação e vestuário mínimo do consumidor, podendo de forma geral ser considerado, nas faixas entre 1 a 5 salários mínimos, a necessidade de manutenção de cerca de 60% a 65% da remuneração mensal do consumidor para as despesas de sobrevivência, podendo aumentar nas faixas superiores de 5 a 10 salários mínimos até 50% da remuneração mensal”.

As faixas francesas parecem trazer mais precisão ao tema do que apenas duas porcentagens, mas já se trata de um bom começo.

Realmente, em nota que publicamos defendemos a manutenção de 70% a 65% como mínimo existencial, se a renda é entre 1 a 5 salários mínimos, e 30% a 35% de máximo de disponibilidade para o pagamento do plano de repactuação.³⁹ A jurisprudência parece concordar com essa necessidade de o mínimo existencial “substancial” ter uma base fixa (“Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da

³⁸ Manifestação do Prof. Dr. Manuel Enríquez Garcia, para o Senado Federal.

³⁹ Veja Nota assinada por Cláudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Sophia Vial. Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para “aperfeiçoar a disciplina do crédito”, “para a prevenção e o tratamento do superendividamento” e “proteção do consumidor pessoa natural”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136 (2021), no prelo.

remuneração percebida pelo devedor”), por sua direta relação com a dignidade da pessoa humana (STJ, AgRg no REsp 1.206.956/RS). Talvez em casos de renda maior se possa ter alguma flexibilidade, mas sempre visando evitar o superendividamento no caso concreto. O STJ reconhece que nem mesmo a autorização legal de descontos de até 70% podem prejudicar o mínimo existencial substancial dos consumidores.⁴⁰ Nesse sentido, as faixas da lei francesa, que permitem aos que mais ganham comprometerem uma maior parte de sua renda na repactuação (e consignação) parece ser uma boa saída.

A opção da Lei 14.181/2021 foi deixar esse tema para a regulamentação. A Lei menciona 5 vezes o mínimo existencial (grifos nossos):

1. No art. 6º, como direito do consumidor, duas vezes:

“Art. 6º (...)

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, *preservado o mínimo existencial*,

⁴⁰ Veja decisão do STJ que não aceita o desconto de militar, de pequena renda, de 70% de seu soldo: “Processual civil. Recurso especial. Limite de desconto de empréstimo consignado. Militar. Fundamento constitucional não combatido. Súmula 126/STJ. 1. O Tribunal de origem assim decidiu (fls. 439-440, e-STJ): ‘Logo, não é correta a exegese da norma no sentido de que poderia haver descontos de empréstimos consignados até o percentual de 70%, pois o mencionado patamar é relativo ao somatório dos descontos obrigatórios e dos autorizados, de modo que não há conflito entre o mencionado dispositivo e a súmula nº 295 desta Corte Estadual, que define o limite de 30% para fins de descontos em casos de superendividamento. Todavia, ainda que assim não fosse, a tese não prosperaria. A uma, porque o limite de 70% da remuneração implicaria em clara afronta à dignidade humana e à garantia do mínimo existencial. A duas, porque há de prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor. A três, porque distinções como essa são consideradas ofensivas ao princípio da isonomia, razão pela qual são repelidas pela jurisprudência desta Corte Estadual’. 2. Assim, observa-se que a Corte estadual decidiu a causa com base em argumentos constitucionais e infraconstitucionais. No entanto, a parte recorrente interpôs apenas o Recurso Especial, sem discutir a matéria constitucional, em Recurso Extraordinário, perante o excelso Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, aplica-se, na espécie, o teor da Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso Especial não conhecido.” (STJ, REsp 1.831.959/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª T., j. 03.10.2019, **DJe** 18.10.2019).

nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII – a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;”

2. Na definição legal de superendividamento:

“Art. 54-A (...)

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu *mínimo existencial, nos termos da regulamentação.*”

3. No processo de repactuação de dívidas e nos planos de pagamento da lei:

“Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, *preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação* e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.”

4. No plano conciliatório administrativo:

“Art. 104-C (...)

§ 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em

todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, *preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação*, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.”

Mencione-se por fim que, na conclusão de sua tese, Karen Bertoncello sugeriu a inclusão no art. 104-B do PLS 283/2012 de uma menção especial ao mínimo existencial no plano judicial: “§ 3º O plano judicial compulsório assegurará ao *consumidor o mínimo existencial e aos* credores, no mínimo, o valor do principal devido corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, cinco anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de cento e oitenta dias, contados da sua homologação judicial, e o restante do saldo devido mensalmente em parcelas iguais e sucessivas.”⁴¹

Infelizmente o texto final não o esclarece ou faz esta ressalva, mas sim, como princípio estipulado no art. 104-A e direito básico do consumidor no art. 6º, consideramos que o mínimo existencial deve ser preservado em todos os planos de repactuação da Lei 14.181/2021.

Também a Comissão de Juristas incluiu no PL 283/2012 mais menções ao mínimo existencial “substancial de consumo”, a saber:

1. Como finalidade dos instrumentos de Política Nacional de Defesa do Consumidor:

“Art. 5º (...)

VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, *visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana.*”

⁴¹ BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 132.

2. No artigo principiológico ou narrativo inicial do capítulo:
“Art. 54-A. Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e *o comprometimento de seu mínimo existencial*, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana.”

3. Na consignação (artigo que vai ser depois o art. 54-E vetado), preservando 30% da remuneração mensal:
“Art. 54-D. Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, *para preservar o mínimo existencial*.”

4. No único artigo referente ao processo de repactuação de dívida:
“Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, *preservado o mínimo existencial*.”

5. E na definição de superendividamento, vinha sob a ideia de um limite aos descontos e reserva de parte da renda (30%) para a sobrevivência:

“Art. 104-A (...)

§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.”

O texto do PLS 283/2012 sofreu muitas modificações, e no substitutivo do Senador Ferraço se optou por uma regulamentação, que sem dúvida não poderá retirar esta origem constitucional “substancial”, casuística do “consumo”.

A Lei 14.181/2021 inclui a noção constitucional de mínimo existencial em 5 regras do CDC, a saber: – art. 6º, incisos XI e XII, no Capítulo VI-A, Da prevenção e do tratamento do superendividamento; no art. 54-A § 1º (“Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, *sem comprometer seu mínimo existencial*, nos termos da regulamentação” – grifos nossos), no Título III, Capítulo V, Da conciliação no superendividamento, no art. 104-A (“A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, *preservados o mínimo existencial*, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas” – grifos

nossos) e no Art. 104-C, § 1º (“Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, *preservado o mínimo existencial*, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis” – grifos nossos).

Essas menções são suficientes para esclarecer que esse elemento finalístico ou teleológico da definição de superendividamento já pode ser aplicado, mesmo antes da regulamentação, por sua origem constitucional e pela finalidade principiológica que exerce no CDC.

Como esclarece Karen Bertoncello em sua tese de doutorado, os elementos que compõem o mínimo existencial serão apurados caso a caso, mas referem-se: 1. Despesa mensal para alimentação própria, despesa de aluguel ou moradia; despesa com saúde e medicamentos, despesa com luz, com água, com telefone (hoje com internet e dados), despesas com impostos diretos, com eventuais pensão alimentícia e educação.⁴²

Como se observa, desde a concepção da Lei 14.181/2021 o mínimo existencial “substancial de consumo” é parte essencial, verdadeira base e finalidade de preservação (para evitar e prevenir o superendividamento e a ruína) dos consumidores na concessão do crédito e construir o alicerce de boa-fé para a repactuação das dívidas e os planos de pagamento, sejam conciliatórios, sejam judiciais. Essa nova noção, abstrata, instrumental, substancial, será importante paradigma novo para o CDC.

⁴² Veja os gráficos em que há entre 9,77 e 10,24% de outras despesas mensais. BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 104-105.

4 OBSERVAÇÕES FINAIS

O mínimo existencial é noção constitucional implícita e está garantido como direito fundamental. Como ensina Ingo Sarlet, o mínimo existencial, enquanto garantia, “independe de expressa previsão constitucional”.⁴³ A proteção do mínimo existencial e a proteção das condições mínimas de sobrevivência do consumidor pessoa natural respeita o princípio da “dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III, da CF/1988), da proteção especial e ativa do consumidor (art. 5º, XXXII da CF/1988) e concretiza o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da CF/1988), assim como realiza a finalidade da ordem constitucional econômica de “assegurar a todos existência digna” (art. 170 da CF/1988).

O mínimo existencial tem fonte constitucional e a Lei 14.181/2021 inclui o mínimo existencial como parte integrante da definição de superendividamento, o que é uma inovação. A lei menciona sua regulamentação futura, mas o uso da noção em si independe de regulação, a qual não pode retroceder, por se tratar de direito fundamental, assim deverá ser apenas declaratória e não constitutiva desse direito.

A lição do direito comparado é também importante de ser apreendida. Diante da crise de solvência da pessoa física-leiga, o consumidor, dois são os caminhos possíveis: “temporizar”, reescalando, planejando e dividindo as dívidas a pagar, ou reduzindo-as, perdendo os juros, as taxas ou mesmo o principal, em parte ou totalmente, a depender do patrimônio e das possibilidades do devedor, sempre reservando a ele um mínimo existencial (*restre a vivre*). A opção da Lei 14.181/2021 foi de não incluir o perdão de dívidas, mas de manter

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

sempre, na concessão e na repactuação (Art. 6º, XII, do CDC), noção essa que foi incluída na definição de superendividamento e que será muito importante para a prática desta lei. Esperamos, com esta breve reflexão, iniciar o debate sobre o tema, agradecendo mais uma vez os esforços da CEDC para a aprovação da Lei 14.181,2021.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

BERGSTEIN, Lais. Pequenos grandes danos: a relevância da tutela coletiva do consumidor face aos danos de pequena expressão econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 341-368, maio/jun. 2020.

BERTONCELLO, Karen. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. **Das Existenzminimum im Zivilrecht**. Hamburgo: Kovac V., 2018.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira Silva. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul./ago. 2018.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; LIMA, Clarissa Costa de. Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 76, p. 74-111, out. 2010.

DAHINTEN, Augusto Franke; DAHINTEN, Bernardo Franke. A proteção do consumidor enquanto direito fundamental e direito humano: consolidação da noção de mínimo existencial de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 135-165, jul./ago. 2016.

FLORES, Philippe, A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 78, p. 67-79, abr. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6575, 02 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 02 jul. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation. *In*: RAMSAY, Iain *et al.* (ed.). **Consumer over-indebtedness**. Oxford: Hart Publ, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando R. Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-19/garantias-consumo-supere-ndividamento-consumidores-fundamento-republicano-senado-federal>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Extratos dos Substitutivos dos Projetos de Lei 281, 282 e 283 de 2012 de Autoria do

Senador Ricardo Ferraço. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 90, p. 265-294, nov./dez. 2013.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para “aperfeiçoar a disciplina do crédito”, “para a prevenção e o tratamento do superendividamento” e “proteção do consumidor pessoa natural”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136, 2021, no prelo.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (org.). **Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão**. São Paulo: Ed. RT, 2016.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 193, p. 13-26, mar. 2011.

A “VACINA” CONTRA O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR: lei nova, vida nova

Cristiano Heineck Schmitt*
Teresa Cristina Fernandes Moesch*

RESUMO: Crédito é um elemento essencial à vida em sociedade, ao menos em regimes econômicos capitalistas. No Brasil, a oferta de crédito tem se intensificado ao longo das últimas duas décadas, dando ensejo a uma epidemia de superendividamento. Após incansável luta de defensores de medidas preventivas ao mesmo, é publicada a Lei nº 14.181/21, tratando do tema, e garantindo patamares de dignidade aos tomadores de crédito.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Crédito e Pandemia de Covid-19. 3 Da vulnerabilidade do consumidor. 4 A nova lei de prevenção e contenção do superendividamento. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Sem crédito num mundo capitalista, não há, infelizmente, como sobreviver com dignidade. Desde a grande empresa até o mais modesto cidadão, sem acesso ao crédito, não se alcança qualidade de vida, ficando

* Secretário-geral da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, Advogado, Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFRGS, Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul- AJURIS, Professor da Escola de Direito da PUCRS e de Cursos de Pós-graduação, Diretor do Instituto Brasilcon, Membro da Câmara de Saúde Suplementar da ANS, autor de livros e de artigos jurídicos.

* Advogada, Conselheira Estadual e Presidente da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, Membro da Comissão Especial do Consumidor do Conselho Federal da OAB, Diretora do Instituto Brasilcon, Presidente do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor de Porto Alegre/RS.

o sujeito alijado de bens que vão desde a subsistência até a moradia. Automóveis, roupas, viagens, casa própria, entre uma gama infundável de acessórios à vida moderna, é essencial ter a possibilidade de acessar linhas de crédito. No Brasil, a oferta de crédito tem se intensificado ao longo das últimas duas décadas, acabando por abarcar um percentual muito elevado de cidadãos que recorrem ao mútuo. Um em cada cinco brasileiros, possui uma operação de empréstimo de dinheiro.

Em que pese ser um elemento inafastável da vida moderna, o crédito não pode representar uma escravidão econômica, diante de taxas elevadas cobradas por fornecedores do setor, ou em face de um volume de operações estimuladas por assédio ao consumo. Num primeiro momento, o crédito pode ser visto como uma espécie de chave da felicidade, que, um tempo após, torna-se um fator de conflitos familiares, angústias, ansiedade e sofrimento por impossibilidade de adimplemento.

Após uma incansável luta, foi possível alcançar-se a aprovação da Lei nº 14.181/21, que veio para atualizar o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, apresentando dispositivos que visam enfrentar o superendividamento desde sua origem, evitando a sua ocorrência, ou, quando instaurado, gerando alternativas de repactuação de dívidas em um modelo que garanta a sobrevivência do consumidor. A meta para os endividados passa a ser a preservação de um mínimo existencial, com a possibilidade de começar de novo, sem ser perseguido por débitos do passado.

É referida norma que se festeja a partir da presente narrativa, trazendo à lume aspectos inovadores e de vanguarda nela esculpidos.

2 CRÉDITO E PANDEMIA DE COVID-19

Num mundo capitalista, neoliberal, não é possível viver sem crédito, seja através do recurso a bancos e instituições financeiras, ou, para aqueles que não conseguem acessá-los, a agiotas, ou até mesmo às

antigas casas de penhor.¹ Com o avanço da internet e dos smartphones, tecnologias disruptivas têm sido aplicadas no comércio de crédito e isso tem moldado comportamentos diferentes. A questão maior é saber se o cenário digital pós-moderno é capaz de produzir um nível de endividamento superior àquele já registrado. Com a novel legislação, essa nova forma de contratar possa assumir um papel melhor que as tradicionais que lhe antecederam, e que acabaram por produzir a lei.

A pandemia COVID-19, que se inicia oficialmente em final de março de 2020, com reconhecimento da OMS – Organização Mundial da Saúde, acelerou, como nunca antes fora percebido, todas as estruturas de TI – Tecnologia de Informação. Se o cliente não podia mais sair de casa, enquanto perdurasse *lockdowns* e restrições, o fornecedor deveria, como forma de sobrevivência, buscar esse cliente onde ele estivesse. Então, não era possível se depender mais exclusivamente do aguardo da vinda do consumidor ao estabelecimento bancário, no caso, para ali realizar operações de mútuo, ao menos durante a vigência de medidas restritivas de aglomerações. Ainda que muitos contratos já estivessem passando por essa transformação, mesmo antes do Coronavírus, por certo é que a vinda do vírus está intimamente ligada a avanços na área de tecnologia digital.

E, nesse sentido, a premissa maior é encontrar o consumidor onde esteja o seu *smartphone*, e a partir dele permitir um cabedal amplo de operações financeiras, de mútuo, a investimentos, ou aquisição de produtos outros como seguros, e etc. Já de algum tempo, grandes magazines entraram também na disputa pelo consumidor de crédito.

E, no meio disto tudo, surgem as chamadas *Fintechs*, que do inglês significa *financial + technology*, sendo na sua grande parte

¹ Um exemplo de casa de penhor pode ser visto no seriado e reality show denominado “Trato Feito”, transmitido desde 2009, e que se passa em um estabelecimento familiar em Las Vegas/EUA, sendo transmitido pelo History Channel, e que remete a esses locais buscados por mutuários que não detinham garantias para obter empréstimos bancários, ou que precisavam de cifras modestas.

Startups. Empresas com esse perfil focam a otimização de serviços financeiros com redução de custos operacionais, que restam bem menores do que aqueles registrados pelos bancos em geral. A eficiência dos processos de captação e contratação reduzem os custos dos serviços ofertados, de forma que possam inclusive oferecer contratos de crédito com taxas menores.

Os modelos disruptivos seriam mais vantajosos aos consumidores, podendo oferecer custos menores de tomada de crédito? Por outro lado, o problema seria único, vinculado a taxas elevadas cobradas pelas instituições financeiras ou *fintechs*? Ou o problema do endividamento do brasileiro seria algo anterior à contratação, um resultado de assédio de consumo na oferta de crédito, somado à ausência de educação financeira?

Pois bem, uma nova esperança de sociedade mais justa renasce com a vigência recente, da inédita lei do superendividamento, Lei nº 14.181/21, da qual falaremos em sequência.

3 DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Do que estamos a falar na presente narrativa, não podemos deixar de enfocar também a *vulnerabilidade* do consumidor no mercado de consumo, que é um dos indicativos da necessidade de sua proteção, exercida principalmente por meio de intervenção estatal nas relações de consumo. É nesta “qualidade” inerente à pessoa do consumidor, conforme já referimos anteriormente², que reside uma das diferenças mais básicas entre as figuras do consumidor e do fornecedor. A vulnerabilidade demonstra que a situação jurídica entabulada é de desigualdade, tornando-se necessário, portanto, que os agentes

² SCHMITT, Cristiano Heineck; OLIVEIRA, Camila Possan. Os Contratos de Adesão Sob a Ótica do Direito do Consumidor. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; MELGARÉ; Plínio. (Org.). **Diálogos de Direito Privado**: Contribuições do Corpo Docente e Discente da Faculdade de Direito da PUCRS. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, v. 1, p. 71.

participantes sejam tratados de maneiras diferentes, na medida de duas desigualdades. Só assim, é possível alcançar uma relação justa e um contrato que cumpra com o seu fim, sem causar prejuízo ou enriquecimento ilícito a nenhuma das partes.³

Através do prisma da *publicidade*, por exemplo, se constata que modernas técnicas de *marketing*, agregadas a uma intensa publicidade, reforçada por mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica utilizados pelos agentes econômicos, geram necessidades antes inexistentes, bem como representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las. Diante desta situação, o consumidor tem sua manifestação de vontade fragilizada, já não mais determinando suas prioridades e necessidades, e isso ocorre, normalmente, de forma por ele despercebida.⁴ Se isto ocorre em face de contratos de crédito, o resultado sobrevém na figura de superendividamento.

Portanto, se é uma característica intrínseca à figura do consumidor a vulnerabilidade padrão acima resumida, é importante reconhecer que existem, ainda, indivíduos hipervulneráveis, como idosos, crianças e adolescentes, pessoas que podem sofrer mais do que o comum dos homens. Sem usar essa nomenclatura, o legislador do Código de Defesa do Consumidor a reconhece em algumas passagens, como é ao caso do artigo 39, inciso IV do CDC, que considera prática abusiva aproveitar –se justamente da fragilidade particular de integrantes destes grupos.

Contudo, já de algum tempo, sob a ótica das chamadas “ações revisionais de juros”, a discussão em torno de cláusulas abusivas, ferramentas ilícitas reprimidas abertamente pelo CDC, em artigos como o 51, por exemplo, restou bastante limitada diante dos nossos tribunais. A impressão que se tem, é que se deixou de reconhecer a fragilidade do consumidor em contratos de tomada de crédito, ensejando uma quase não

³ SCHMITT e OLIVERA, Os Contratos de Adesão...*op. cit.* p. 71-72.

⁴ BONATO, Cláudio; MORAES, Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 43.

aplicação do CDC. Nesse sentido, não havia mais elementos que conduzissem a uma efetiva redução de taxas bancárias aplicadas à concessão do crédito, tendo o Poder Judiciário remetido a idéia do desequilíbrio à própria concorrência do setor.

E, para tanto, como o cenário era de empobrecimento atroz dos tomadores de crédito, tornara-se crucial a geração de um vetor que pudesse enfrentar os desafios da concessão de crédito, exigindo-se deveres de transparência, lealdade e cuidado do fornecedor. E, nesse aspecto, surge a esperança diante de uma nova lei.

4 A NOVA LEI DE PREVENÇÃO E CONTENÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO

O problema não reside mais em se tentar obter uma espécie de solução à tomada de crédito em condições iníquas, que passe por uma revisão do contrato, mas sim de serem adotados mecanismos que evitem o uso do crédito de forma desarrazoada, e que o fornecedor responsável pela concessão cumpra com deveres prévios de análise das condições de pagamento do tomador. Em 2020, diante das repercussões econômicas da pandemia, com desemprego, falências de empresas etc., o endividamento das famílias brasileiras atingiu um recorde de 51% de comprometimento da renda com dívidas bancárias.⁵ Pode se dizer, uma verdadeira tragédia econômica ao país.

Outrossim, diante do ineficaz aparato pátrio de insolvência civil, era necessário prover o sistema jurídico com uma estrutura capaz de ordenar uma espécie de repactuação através da qual o consumidor pudesse se reabilitar, e começar de novo, não sendo perseguido *ad eternum* por dívidas impagáveis do passado, e que surgiram diante de necessidades imperiosas. Nesses moldes, era necessário ao consumidor

⁵ Vide: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/15/endividamento-das-familias-bate-recorde-na-pandemia-diz-banco-central.ghtml>.

resgatar sua dignidade, tendo direito a um mínimo existencial de renda que não fosse consumido por dívidas.

Deve ser acrescentado o fato também de que, dentro do rol de efeitos negativos da Pandemia de Covid-19, se encontra a impossibilidade consumidores arcarem com seus compromissos financeiros, pior ainda se já se enquadravam como superendividados. Sobre tal situação, Claudia Lima Marques, Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima afirmam ser do tipo força maior "agravada ainda pelas medidas de 'isolamento social', com a parada do comércio, doença em massa e fragilidade dos empregos, especialmente, os informais, liberais e autônomos"⁶. Esse cenário impunha a aprovação célere da anterior versão da novel lei, e que estava representada pelo Projeto de Lei 3.515/15.

E graças ao empenho de vários juristas e consumeristas, com destaque ao papel crucial do Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor,⁷ que observam as intensas dificuldades do consumidor pessoa física acerca do pagamento de dívidas de crédito que se avolumaram ao longo de certos períodos, após anos de lutas, foi possível obter a aprovação da Lei nº 14.181/21, que passou a vigorar em 01.07.21, e que altera o CDC e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) para “aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento”. É a lei antídoto, a “vacina contra o superendividamento”

Diante de centenas de trabalhos de pesquisas, acadêmicos e etc, representando todo o esforço da sociedade por tornar tal lei uma realidade, alçando o Brasil a um primeiro mundo jurídico, reside o

⁶ MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 129, maio/jun. 2020.

⁷ Vide: <https://www.brasilcon.org>.

incomparável e incansável trabalho da jurista Claudia Lima Marques, sendo no mínimo justo que referida norma venha a receber o nome dessa insigne Professora da UFRGS.

No que tange aos novos caminhos traçados pela novel legislação, que são muitos, e por isso o presente trabalho não contempla tratar de todos, há alguns que merecem destaque. Nesse sentido, sob o enfoque da proteção contratual do consumidor, o artigo 6º do CDC recebeu o inciso XII, que previu a necessidade de preservação de um mínimo existencial na repactuação de dívidas e na concessão de crédito, de forma que o tomador de crédito não veja sua renda consumida por dívidas creditícias, ao ponto de lhe faltar o mínimo para se manter vivo na sociedade atual.

No artigo 54-A inserido pela lei, em seu parágrafo 1º, observa-se o conceito de superendividamento, sendo este “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

Exemplos de deveres pré-contratuais impostos aos fornecedores de crédito passaram a existir em grande peso, inclusive com sanções que englobam a perda da possibilidade de se exigir encargos do consumidor. Tais premissas nada mais são do que deveres anexos da boa-fé objetiva, dogma contratual que preza pela lealdade e cooperação negocial. Deve ser dito que os consumidores sempre se comportaram de acordo com a boa-fé objetiva, mantendo comportamento leal, correto e cooperativo, prevista nos artigos 4º, inciso III do CDC, bem como 51, inciso IV. A respeito dessa boa-fé, aplicada ao caso do superendividamento, Claudia Lima Marques ensina: “Boa-fé: em regra, quando se contrata o crédito ou adquire-se o produto ou o serviço em prestações o consumidor tem condições de honrar sua dívida. Trata-se de uma boa-fé contratual que é sempre presumida. Em todos os países que possuem leis sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores, aquele que é protegido é sempre o

consumidor pessoa física de boa-fé contratual. A boa-fé é a base do combate ao superendividamento dos consumidores.”⁸

De acordo com o novo art. 54-C do CDC, passou a ser vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não, indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor, assim como ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo. Muito importante e interessante é tornar ilícito o assédio sobre o consumidor para efetivar contratos de crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, o que se aplica também na oferta de prêmios em caso de contratação.

Ainda, exsurge também a ferramenta da repactuação de dívidas, prevista no artigo 104-A do CDC, que viabiliza audiência conciliatória na qual o consumidor pode apresentar um plano de pagamentos possível, e com isto, garantir um recomeço de vida.

Com esses exemplos, já se pode notar o caráter de vanguarda e modernidade da referida lei. Não há como se consolidar um projeto de nação, como o almejado pelo constituinte de 1.988, sem visar a igualdade, a solidariedade, e a proteção da dignidade como fatores inseparáveis de um status de sociedade. Não se pode permitir que certos fornecedores, partindo da insuficiência salarial de trabalhadores, ou da limitada aposentadoria dos idosos, venham a se beneficiar no fornecimento de crédito de forma desarrazoada, sob condições iníquas, que conduzam esses sujeitos a um estado de falência pessoal, sendo afastados do convívio social.

⁸ MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, a. 19, n. 75, p. 23, jul./set. 2010.

Que as estruturas de fornecimento de crédito sigam evoluindo no sentido de fomentar maior justiça contratual, e acessibilidade democrática ao setor, sem consumir recursos essenciais dos indivíduos, sem torná-los escravos econômicos. Para isso, a novel legislação está bastante apta para promover as correções que se fazem necessárias, e atuar como intermediária da boa contratação.

5 CONCLUSÃO

Uma nova esperança para um modelo contratual usual surge com a lei brasileira do superendividamento. Resultado de constante luta de insignes consumeristas, cria-se um fundamental mecanismo de contenção do endividamento de consumidores, gerando maior transparência ao setor, permitindo melhor reflexão do contratante de crédito.

Problemas econômicos que assolam o Brasil há alguns anos foram intensificados arduamente com os efeitos negativos da Pandemia Covid-19, e isso ampliou o superendividamento das famílias. Em excelente hora, surge a Lei nº 14.181/21, que traz consigo também o direito à repactuação de dívidas, um verdadeiro direito de recomeçar, de renascer ao convívio sócio-econômico. Brindemos aos idealizadores da lei, e aos novos tempos. O que era esperança, agora tem um ambiente propício a tornar-se realidade, e fazer de nossa sociedade um espaço sadio, onde o indivíduo não seja *ad eternum* perseguido pelos seus débitos, como se cumprisse uma pena perpétua.

REFERÊNCIAS

BONATO, Cláudio; MORAES, Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 75, jul./set. 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da Pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 129, maio/jun. 2020.

SCHMITT, Cristiano Heineck; OLIVEIRA, Camila Possan. Os Contratos de Adesão Sob a Ótica do Direito do Consumidor. *In*: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Diálogos de Direito Privado**: Contribuições do Corpo Docente e Discente da Faculdade de Direito da PUCRS. 1. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, v. 1, p. 71-97.

O PL 3514/2015 PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Antônio Carlos Efig*
Lais Bergstein*

Tramita no Congresso Nacional, desde 2012, um projeto de lei para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I do Código de Defesa do Consumidor e dispor sobre o comércio eletrônico. O projeto também disciplina os contratos internacionais comerciais e de consumo e dispõe sobre as obrigações extracontratuais, atualizando o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Trata-se de um dos três projetos¹

* Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1989), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos coletivos, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor, Direito e Tecnologia, Consumo e Meio Ambiente, Consumo consciente e sustentável, contratos, contratos eletrônicos, segurança jurídica nos contratos celebrados via internet, Novas tecnologias e Direito.

* Doutora em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Alumni do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Docente permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Mercado, Compliance e Segurança Humana da Faculdade CERS. Advogada. lais@dotti.adv.br.

¹ O PL 283/2012, aprovado no Senado e remetido à Câmara dos Deputados sob o nº PL 3515/2015, devolvido sob o nº PLS 1805/2021, foi aprovado em 2021 e transformado na Lei nº 14.181/2021, de 1º de julho de 2021, que alterou a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. O terceiro projeto proposto pela Comissão de Juristas tratava do processo civil do consumidor e a atualização de normas instrumentais e da ação coletiva.

apresentados por renomada comissão de juristas, presidida pelo Min. Herman Benjamin e relatada pela Prof. Dra. Claudia Lima Marques².

O projeto nº 281/2012 foi aprovado no Senado Federal e encaminhado, em 2015, para deliberação na Câmara dos Deputados, onde tramita sob o nº 3514/2015, mas durante a sua discussão foi editado o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que regulamenta o CDC para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, incorporando ao microsistema de defesa dos consumidores parte das disposições previstas do projeto.

O objetivo da proposta do PL 3514/2015, que está atenta à rápida evolução da sociedade de consumo³ e aos desafios resultantes das novas tecnologias e do crescimento do comércio internacional, é incrementar a proteção dos consumidores. Esse aspecto foi ressaltado no relatório final da Comissão de Juristas, cujas premissas foram “acrescentar, nunca reduzir a proteção ao consumidor no Brasil”, e “respeitar a estrutura principiológica e geral do CDC.” A passagem do tempo desde a sua apresentação ao Senado Federal justifica uma nova leitura da proposta de lei para contribuir com propostas complementares que se alinham a esses preceitos.

A informação adequada e clara acerca dos preços de produtos e serviços ofertados em meios digitais é outro aspecto que merece atenção do legislador, ainda mais com as inovações da Lei 14.181/21. Com a proliferação de contas ou perfis empresariais nas redes sociais, nem sempre

² Na matéria do comércio eletrônico, o anteprojeto de lei contou com o apoio dos autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, Prof^a. Dra. Ada Pellegrini Grinover (Universidade de São Paulo) e Kazuo Watanabe (Universidade de São Paulo), bem como do então membro do Ministério Público do Distrito Federal, Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa, e da Procuradoria do Estado de São Paulo e ex-coordenador da Fundação Procon-SP, Prof. Dr. Roberto Pfeiffer.

³ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 23 et seq.

os preços das ofertas são claros⁴, em manifesta violação ao disposto no art. 2º, IV, do Decreto nº 7.962/2013. E outro aspecto da proteção aos consumidores que se relevou necessário repensar, sobretudo a partir do Decolar⁵, são as práticas de *geoblocking* e de discriminação de preços a partir do uso de dados pessoais dos consumidores na internet.⁶ Subsidiado pela Nota Técnica nº 92/2018⁷, que constatou a violação aos artigos 4º, *caput*; incisos I e III; 6º, incisos II, III e IV, e 39, incisos II, IX e X do Código de Defesa do Consumidor, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, sob a diretoria da Dra. Ana Carolina P. Caram Guimarães, aplicou a sanção administrativa de multa à Decolar.com Ltda, empresa consolidada no setor de turismo, pelo uso de dados de localização do consumidor para “a diferenciação de preço de acomodações e negativa

⁴ OLIVEIRA, Julio Moraes. O CDC e a informação sobre os preços dos produtos nas redes sociais. **Consultor Jurídico**, 22 de novembro de 2020. <https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/opiniao-cdc-informacao-preco-redes-sociais>. Acesso em: 5 jul. 2021.

⁵ FRAZÃO, Ana. *Geopricing e geoblocking*: as novas formas de discriminação de consumidores. Os desafios para o seu enfrentamento. **Jota**. Publicado em 15.08.2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁶ Sobre o tema: MUCELIN, Guilherme; BERGSTEIN, Lais; MARTINI, Sandra Regina. Precificação discriminatória no novo paradigma tecnológico do mercado de consumo: a tutela do consumidor e a defesa da concorrência contra práticas abusivas com o uso de dados pessoais. **Revista Direito Mackenzie**, 2020, v. 14, n. 3, p. 1-20, ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314119>; FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, p. 235-260, Jul./Ago, 2019.

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC. **Nota Técnica nº 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/SENACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20blocking%20multa.pdf. Acesso em: 4 jul. 2021.

de oferta de vagas, quando existentes”⁸, práticas reconhecidas como abusivas e discriminatórias.

É preciso, ademais, estabelecer critérios de transparência para as decisões automatizadas⁹, resguardando, evidentemente, os direitos de propriedade industrial, mas assegurando que os órgãos de proteção e defesa dos consumidores tenham condições de aferir a legitimidade das práticas comerciais pautadas no uso de dados pessoais e não dependam exclusivamente de denúncias de ex-colaboradores ou concorrentes. Como propõem Hans-W. Micklitz, Przemyslaw Palka e Yannis Panagis, é possível automatizar parcialmente o processo de abstração e controle das cláusulas nos contratos de consumo *online*, existindo um grande potencial de uso de técnicas algorítmicas na aplicação da lei em relação a obrigações contratuais e de facilitação da pesquisa.¹⁰

É salutar a proposta de inclusão de um novo inciso no art. 6º do CDC, prevendo claramente como direito básico dos consumidores “XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo.” Todavia, lamentavelmente a limitação legal do valor da multa que pode ser aplicada pelos órgãos de defesa do consumidor (art. 57, parágrafo único, CDC)¹¹, ainda pode mitigar o fator de desestímulo às

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC. **Processo: 08012.002116/2016-21**.

⁹ O Projeto de Lei n. 4.496/2019 do Senado Federal pretende adicionar ao art. 5º da LGDP um inciso XX para definir decisões automatizadas como “processo de escolha, de classificação, de aprovação ou rejeição, de atribuição de nota, medida, pontuação ou score, de cálculo de risco ou de probabilidade, ou outro semelhante, realizado pelo tratamento de dados pessoais utilizando regras, cálculos, instruções, algoritmos, análises estatísticas, inteligência artificial, aprendizado de máquina, ou outra técnica computacional.”

¹⁰ MICKLITZ, Hans-W; PALKA, Przemyslaw; PANAGIS, Yannis. The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services. **Journal of Consumer Policy**, v. 40, p. 367-388, Springer, 2017. DOI 10.1007/s10603-017-9353-0.

¹¹ “Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao

práticas comerciais abusivas. Um diálogo de fontes com as previsões da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais seria benéfico nesse contexto.

A relação simbiótica¹² de produtos e serviços também acentua o dever de informação ao consumidor. Há muito se espera, por exemplo, que informações básicas acerca da vida útil esperada para determinados produtos ou serviços sejam prestadas pelos fornecedores, o que aparentemente somente se concretizará com uma disposição legislativa específica nesse sentido. A boa-fé¹³ nas relações negociais, especialmente

consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.5.1993) Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.703, de 6.9.1993).”

¹² A expressão é utilizada, pelo Min. Herman Benjamin em caso paradigmático envolvendo a responsabilidade solidária entre as empresas fornecedoras de produtos e serviços de telefonia: “Consta dos autos que as partes celebraram contrato de consumo, cujo objeto é o fornecimento de linhas telefônicas, serviços especiais de voz, acesso digital, recurso móvel de longa distância DD e DDD e recurso internacional, local ou de complemento de chamada, para serem utilizadas em central telefônica - PABX, adquirida de terceira pessoa. Conforme narrado, criminosos entraram no sistema PABX da empresa recorrente e realizaram ilicitamente diversas chamadas internacionais, apesar de esse serviço estar bloqueado pela operadora. A interpretação do Tribunal de origem quanto à norma inculpada no art. 14 do CDC está incorreta, porquanto o serviço de telecomunicações prestado à recorrente mostrou-se defeituoso, uma vez que não ofereceu a segurança esperada pela empresa consumidora.” REsp 1.378.284/PB, Relator o eminente Ministro Luis Felipe Salomão.

7. O risco do negócio é a contraparte do proveito econômico auferido pela empresa no fornecimento de produtos ou serviços aos consumidores. É o ônus a que o empresário se submete para a obtenção de seu bônus, que é o lucro. Por outro lado, encontra-se o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo. 8. Os órgãos públicos e as suas empresas concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos consumidores em conformidade com o art. 22 do CDC.

9. Recurso Especial provido.

(STJ - REsp 1721669/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, **DJe** 23/05/2018).

¹³ “A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um standard ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (standard direcionador de

as contratações eletrônicas¹⁴, e a proteção da confiança legítima em tempos digitais¹⁵, impõem um novo paradigma de transparência e lealdade aos fornecedores, acentuando o seu dever de informar¹⁶.

No contexto do comércio eletrônico, é preciso reforçar os mecanismos para se exigir o cumprimento do dever jurídico de efetiva prevenção de danos (art. 6º, VI, do CDC), sendo premente a avaliação da conduta do fornecedor no caso concreto. Os investimentos em medidas de efetiva prevenção de danos e resolução de conflitos devem compatíveis e proporcionais à sua atuação no mercado de consumo. As facilidades da oferta por meios digitais não afastam o dever de conformidade com a legislação de proteção e defesa dos consumidores, ao contrário. A resolução de eventuais problemas resultantes de uma contratação malsucedida deve ser tão fácil quanto é o acesso ao produto ou serviço ofertado no meio digital. O Sistema Nacional deve assegurar-se de que não pode valer a pena causar dano a milhares de pessoas e responder apenas perante os poucos que têm condições de reclamar junto ao Poder Judiciário. É fundamental inverter esta equação, evitar os danos de massa, evitar os litígios, com

condutas a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um ‘estado ideal de coisas’”. MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 329.

¹⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. **Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. p. 300-303.

¹⁶ KRETZMANN, Renata Pozzi. **Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

sanções exemplares daqueles que procuram preservar este sistema perverso¹⁷ de descumprimento reiterado dos deveres de conduta.¹⁸

Com a criteriosa aprovação do PL 3514/2015, o consumidor brasileiro terá aprimorada a sua tutela nas relações jurídicas celebradas digitalmente e colocará o Direito do Consumidor Brasileiro na vanguarda de solução de temas e imprescindíveis para o desenvolvimento do consumo, da economia e para a prevenção de conflitos neste século XXI.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC. **Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB- DPDC/DPDC/SENACON/MJ**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/SENACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20blocking%20multa.pdf. Acesso em: 4 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC. **Processo: 08012.002116/2016-21**.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>. Acesso em: 5 jul. 2021.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>. Acesso em: 5 jul. 2021.

BRASIL. STJ - REsp 1721669/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2018, **DJe** 23/05/2018.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**: consumo e sustentabilidade. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, p. 235-260, Jul./Ago. 2019.

FRAZÃO, Ana. Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. Os desafios para o seu enfrentamento. **Jota**. Publicado em 15.08.2018. Disponível em: https://www.jota.info/pay-wall?redirect_to=//www.jota.info/opinia-o-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018. Acesso em: 13 jul. 2021.

KRETZMANN, Renata Pozzi. **Informação nas relações de consumo**: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>. Acesso em: 5 jul. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejado-deveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>. Acesso em: 5 jul. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. **Contratos de serviços em tempos digitais**: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. p. 300-303.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2016.

MICKLITZ, Hans-W; PALKA, Przemyslaw; PANAGIS, Yannis. The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services. **Journal of Consumer Policy**, v. 40, p. 367-388, Springer, 2017. DOI 10.1007/s10603-017-9353-0.

MUCELIN, Guilherme; BERGSTEIN, Laís; MARTINI, Sandra Regina. Precificação discriminatória no novo paradigma tecnológico do mercado de consumo: a tutela do consumidor e a defesa da concorrência contra práticas abusivas com o uso de dados pessoais. **Revista Direito Mackenzie**, 2020, v. 14, n. 3, p. 1-20, ISSN 2317-2622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v14n314119>.

OLIVEIRA, Julio Moraes. O CDC e a informação sobre os preços dos produtos nas redes sociais. **Consultor Jurídico**, 22 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-22/opiniaocdc-informacao-preco-redes-sociais>. Acesso em: 5 jul. 2021.

A COMPULSORIEDADE NA ARBITRAGEM DE CONSUMO E A PROVA DA PRETENSÃO RESISTIDA COMO LIMITADORAS NO ACESSO À JURISDIÇÃO

Naira Chrístian Béga*

O presente artigo busca a discussão sobre a (in)eficácia das possíveis alterações de lei, propostas como medidas saneadoras para o excesso de demandas no judiciário, em questões envolvendo relações de consumo. Neste sentido, tratou-se de considerações sobre a legislação atual, demonstrando sua efetividade para a garantia da tutela aos consumidores, adotando-se a revisão bibliográfica para melhor compreensão de sua aplicação.

A importância da solução de controvérsias pela arbitragem, em especial pela celeridade e segurança jurídica que proporciona, fundamenta-se pela intensificação de demandas que sobrecarregam o sistema judiciário. A sua aplicabilidade nas relações de consumo, é estimulada pelo Código de Processo Civil, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, já está consolidado pela legislação vigente que a arbitragem não poderá ser instituída de forma abusiva ao consumidor, e somente será válida em contratos de adesão se houver expressa concordância do aderente, desde que respeitados os limites do acordo de vontades.

Apesar da proibição, vem se tornando recorrente as tentativas de se elencar a arbitragem de consumo como compulsória, seja por tentativas de decretos presidências ou portarias, sob o argumento de se tornar a via mais eficaz para resultados mais céleres e satisfativos às partes.

* Graduada em Direito pela UNIFIL, especialista em Direito Empresarial pela UEL, especialista em Gestão Pública e Direito do Estado pela UEL, advogada, membro da Comissão dos Direitos do Consumidor da OAB/Londrina-PR e membro da Comissão de Medição e Arbitragem da OAB/Londrina-PR.

Ainda, o Projeto de Lei 533/2019, traz em seu bojo alterações importantes, tanto para o CPC quanto ao CDC, no que diz respeito a obrigatoriedade de demonstração da prova da pretensão resistida por parte das empresas em relação à insatisfação do consumidor. Desse modo, faz-se necessária a releitura do princípio do acesso à justiça, de maneira que não haja violação à Constituição Federal, nem à nenhuma legislação do ordenamento jurídico.

1 LIMITAÇÕES AO USO DA ARBITRAGEM DE CONSUMO

A Política Nacional das Relações de Consumo (PNRC), inserta no Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/09/1990), prima como objetivos, dentre outros, a transparência e harmonia das relações de consumo. Configura-se na presença do Estado nas relações privadas, através da integração dos sistemas de defesa do consumidor, realizada pela SENACON – Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor.

Os meios alternativos de resolução de conflitos, dos quais a arbitragem faz parte, ganham destaque, na medida em que são incentivados pelo sistema jurídico e no próprio Código de Defesa do Consumidor, quando determina que os fornecedores invistam em meios alternativos de resolução para os conflitos de consumo – Art. 4º, inciso V. Ou seja, trata-se da legitimação jurisdicional da arbitragem.¹

Ao ser sancionada, a Lei da Arbitragem nº 13.129/2015 (que trouxe reformas à Lei nº 9.307/96), houve comemorações por grande parte dos juristas brasileiros, principalmente pela possibilidade de amenizar a carga imposta pelas inúmeras demandas postuladas em juízo. Por ser um meio de resolução de conflitos extrajudicial, o efeito direto é desafogar o Judiciário e possui como expectativa o uso ampliado do instituto.

¹ DIAS, Feliciano Alcides; DUWE, Andrei. Arbitragem nas relações de consumo: agride ou não a proteção especial concedida ao consumidor? **Revista Jurídica (FURB)**, v. 19, n. 39, p. 121-144, 2015.

Entretanto, há proibição expressa do uso da arbitragem pela legislação atual (Art. 51, VII do CDC e Art. 4º, par. 2º da Lei nº 9.307/96) se esta for instituída de forma abusiva ao consumidor, e somente será válida em contratos de adesão se houver expressa concordância do aderente. Ou seja, é permitida a arbitragem nas relações consumeristas, desde que não seja empregada de modo abusiva.²

A finalidade de ambas as leis é garantir a aceitação inequívoca do aderente pela arbitragem, devendo decorrer livremente do acordo de vontade entre as partes. Concluiu-se, portanto, que a Lei de Arbitragem possui aplicabilidade nos contratos de consumo, por respeitar a carga valorativa tutelada pela legislação protetiva do consumidor – o CDC. Válido lembrar que, tanto a tutela arbitral quanto a tutela das relações de consumo representam um passo importante para a harmonização desses regimes jurídicos para que, essencialmente, corresponda ao anseio por novas ferramentas que viabilizem o acesso à justiça.³

Ou seja, “a arbitralidade” nas relações de consumo como forma alternativa de solução de litígios não foi aceita pelo ordenamento na sua forma compulsória, mesmo que de forma previamente estabelecida nos contratos, pois o Código de Defesa do Consumidor indicou a nulidade de cláusulas contratuais que determinem a utilização obrigatória de arbitragem.

O conceito de Tribunal Multiportas foi desenvolvido nos EUA, em 1975, pelo pesquisador Frank Sander (Harvard Law School), que encontrou em seus estudos viabilidade para vários meios alternativos de solução de conflitos. Posteriormente, publicou seu artigo na revista da American Bar

² FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 187 p.

³ AZEVEDO, Anderson de. **Jurisdição, arbitragem e relações de consumo. Construção histórica e política dos principais mecanismos de solução de conflito e a promoção de acesso à justiça nas relações de consumo**. 2011. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

Association (ABA), equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se determinou então o conceito criado como “Tribunal Multiportas”.⁴

No Brasil, o chamado Sistema Multiportas foi implantado pelo CNJ, com a Resolução n.º 125/2010, pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas diversificadas, em que são valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), a fim de se obter a maneira mais apropriada de resolução de conflitos, a ser utilizada conforme a conveniência do interessado.⁵

Nesse sentido, a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor vem desenvolvendo audiências públicas que visam discutir um modelo de autocomposição extrajudicial para solução de controvérsias consumeristas. Para tanto, solicitou um estudo, que foi desenvolvido pela consultoria do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Este estudo trouxe a arbitragem como foco principal, sugerindo a adoção da criação de centros de arbitragem de consumo, bem como o aprimoramento da plataforma consumidor.gov.br, como ponto central para todos os meios de solução de conflitos on-line.⁶

O aspecto preocupante do estudo aponta que, para a criação e manutenção das câmaras arbitrais, o financiamento deva ser feito pelas empresas que aderirem ao programa, devido a escassez de recursos estatais. O estudo aconselha ainda, que o consumidor pague apenas um valor simbólico, a fim de se evitar demandas “aventureiras”, sem

⁴ MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. **O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. esp., n. 39, p. 288-311, dez., 2018.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 125/2010. **Dispõe sobre Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Audiência pública sobre arbitragem nos conflitos de consumo e a atualização do Código de Defesa do Consumidor: proposições para consumidores, fornecedores e Poder Público**. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/secretaria>. Acesso em: 23 jun. 2021.

embasamento jurídico, evitando-se a “abusividade” do uso do instituto pelo consumidor. As medidas para a implantação seriam aprovadas por meio de portaria ou decreto presidencial, pois um possível projeto de lei seria moroso demais, diante da urgência frente a conjuntura atual do Poder Judiciário, devido ao volume de demandas da área consumerista.⁷

2 A PRETENSÃO RESISTIDA PARA ACESSO AO JUDICIÁRIO

A defesa do consumidor consubstancia-se como um direito e garantia fundamental, na medida em que a Constituição Federal o abarca precisamente em seu Art. 5º, XXXII, determinando ao Estado que proporcione sua defesa. A Carta Magna ainda assegura a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, definindo que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito – Art. 5º, XXXV, e é reforçado pelo Código de Processo Civil, em seu Art. 3º, o mesmo entendimento.

Recentemente, foi aprovada a Lei 14.181/21 (Lei do Superendividamento), que trouxe relevantes alterações ao CDC, dentre elas o Art. 51 com seu inciso XVII, que determina como cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, as que condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso pelo consumidor ao judiciário, o que reforça ainda mais os instrumentos para sua proteção e defesa. Consubstancia-se, ainda, como direito básico do consumidor a facilitação do acesso à justiça, CDC, Art. 6º VII.

Entretanto, o Projeto de Lei nº 533, de 2019, busca estabelecer a prova da pretensão resistida, ou seja, propõe que a busca de um acordo seja obrigatória antes de uma das partes acionar a Justiça, em conflitos

⁷ VENTURA, Ivan. **Você já ouviu falar em arbitragem de consumo? Medida está em análise na SENACON.** Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

relativos aos direitos do consumidor, com alterações substanciais nos Art. 17 e 491 do CPC.

Pelo texto original, para haver interesse processual, faz-se necessário evidenciar com provas, a resistência do réu e que somente após a negativa da empresa, o consumidor estaria legitimado e teria interesse judicial para propor demanda. Uma vez iniciado o processo judicial, caberá ao juiz avaliar se houve realmente tentativa de contato com o réu, por parte do consumidor. Atualmente, o PL encontra-se em trâmite em regime ordinário, sujeitando-se à avaliação conclusiva das Comissões de Defesa do Consumidor e de Constituição de Justiça e Cidadania.⁸

A pretensão resistida como pressuposto mínimo para o direito de ação do consumidor dificulta seu acesso à justiça e, na tentativa de se consolidar a política de substituição da jurisdição, a inobservância às normas de direito material poderá se mostrar vantajosa às empresas que, por serem litigantes habituais, possuem dinheiro e estrutura para suportar um processo, enquanto do outro lado haverá um hipervulnerável, que poderá aceitar um acordo, ainda que desvantajoso.⁹

3 CONCLUSÃO

Os direitos e garantias fundamentais não admitem mudanças que reduzam a sua proteção, não são permitidas por traduzirem reflexos por todo o ordenamento jurídico. Daí surge a importância de estudos sérios, que contribuam para o amadurecimento das reflexões

⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 533/2019. **Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos da Lei 13.105/15.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do acesso à justiça e pretensão resistida no âmbito extrajudicial como condição para propositura de ação pelo consumidor.** Revista da Academia de Ciências do Piauí, Ano 1, Nº 01, Jul. a Dez. de 2020. p.65-83. ISSN: www.acipiaui.org.br. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

absolutamente necessárias, sobre o potencial prejuízo que os métodos alternativos de gestão de conflitos, em especial a que vem sendo denominada arbitragem de consumo compulsória, podem prestar como instrumentos denegadores de acesso à Justiça.

Já a prova da pretensão resistida como condição da ação para o consumidor, dificulta o seu acesso à justiça na medida em que fere a determinação legal da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, que por sua vez, é direito fundamental individual.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor visa, justamente, a sua proteção diante do mercado de consumo, cabendo ao Poder Público ações governamentais que o protejam efetivamente. A PNRC incentiva a criação pelos fornecedores, de meios eficientes, não compulsórios, alternativos para solução de conflitos de consumo, tal como o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), Ouvidorias e Procons, além da plataforma Consumidor.gov.br. Aliás, mais do que alternativas resolutivas, estes canais de comunicação, quando eficientes, atuam preventivamente, não permitindo que se chegue a um conflito.

Portanto, meios autocompositivos estão à disposição dos fornecedores, para que o aprimorem, os tornem eficientes e recebam o seu devido investimento, a fim de realmente se desafogar o judiciário por tantas demandas repetitivas por desrespeito à legislação vigente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Anderson de. **Jurisdição, arbitragem e relações de consumo. Construção histórica e política dos principais mecanismos de solução de conflito e a promoção de acesso à justiça nas relações de consumo**. 2011. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Audiência pública sobre arbitragem nos conflitos de consumo e a atualização do Código de Defesa do Consumidor**: proposições para consumidores, fornecedores e Poder Público. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/secretaria>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 533/2019. **Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos da Lei 13.105/15**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao>. Acesso em: 22 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010, **Dispõe sobre Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 23 jun. 2021.

DIAS, Feliciano Alcides; DUWE, Andrei. Arbitragem nas relações de consumo: agride ou não a proteção especial concedida ao consumidor? **Revista Jurídica (FURB)**, v. 19, n. 39, p. 121-144, 2015.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 187 p.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. **O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. esp., n. 39, p. 288-311, dez. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. Manual de direito do acesso à justiça e pretensão resistida no âmbito extrajudicial

como condição para propositura de ação pelo consumidor. **Revista da Academia de Ciências do Piauí**, Ano 1, N° 01, Jul. a Dez. de 2020. p.65-83. ISSN: www.acipiaui.org.br. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

VENTURA, Ivan. **Você já ouviu falar em arbitragem de consumo? Medida está em análise na SENACON.** Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

OS ATAQUES ÀS POLÍTICAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Augusto de Paula Barbosa*

RESUMO: O presente artigo expõe a riqueza da legislação de defesa do consumidor em vigência no Brasil, os recentes ataques às políticas de defesa do consumidor, com a tentativa de mitigar até mesmo direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, a recepção dos entes estatais às demandas dos consumidores lesados e a necessidade de inserir as noções básicas sobre Direito do Consumidor no ensino fundamental.

1 INTRODUÇÃO

Com a percepção da evolução da sociedade brasileira (e mundial) em uma crescente “sociedade de consumo”, a Constituinte de 1987 inseriu no texto da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental, prevista no art. 5º XXXII, bem como em princípio da ordem econômica, segundo previsão expressa do art. 170, V. Da mesma forma, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, culminando na Lei 8078/90, capitaneado pela saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover e outras sumidades do Direito Brasileiro.

* Advogado militante há aproximadamente 14 anos, graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, *campus* Poços de Caldas/MG, pós-graduado em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil pela Faculdade Internacional Signorelli. Membro-consultor da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB, Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG, Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da 25ª Subseção da OAB/MG (Poços de Caldas/MG) e membro do Conselho Gestor do Fundo Municipal de Defesa do Consumidor de Poços de Caldas/MG.

Apesar do lapso temporal superior a 30 anos de sua entrada em vigor, o CDC ainda é visto como uma legislação visionária, pioneira e décadas a frente de seu tempo, sendo perfeitamente aplicável à sociedade contemporânea, a exemplo do art. 49, que previa o direito de arrependimento sobre compras realizadas fora do estabelecimento comercial, em um período em que a internet era desconhecida por quase toda a população brasileira.

Após décadas da promulgação do CDC, o Brasil se vê diante de uma grande provação sobre as políticas de defesa do consumidor. O consumidor brasileiro se vê diante de uma franca campanha de retrocessos sobre diversos direitos adquiridos a duras penas, sendo estes patrocinados por forças obscuras, que se aproveitam da ignorância do brasileiro sobre seus direitos, para retirá-los à sua revelia.

2 OS ATAQUES ÀS POLÍTICAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor possui importância singular na sociedade, pois se todos os brasileiros nascem como sujeito de direitos, um dos primeiros direitos exercidos no momento do nascimento está relacionado às relações de consumo, não importando o local do parto, exceto se o mesmo fora realizado em um local ermo, como uma aldeia indígena sem contato com a sociedade urbanizada.

Seja em um ambiente hospitalar, parto doméstico, humanizado etc., são disponibilizados produtos e serviços sujeitos às disposições previstas na legislação, cuja base principal é a Lei 8078/90. Uma mera gaze, depende de um processo de produção e posterior disponibilização no mercado, da mesma forma que diversos serviços são contratados, como a instrumentação cirúrgica, a “doula” etc., sendo ambos, produtos e serviços, consumidos pelo destinatário final, no presente caso o bebê que está nascendo e sua mãe.

Conclui-se, portanto que, mesmo involuntariamente, o sujeito de direitos nasce, vive e morre consumidor. Ainda que se esforce para “escapar” do mercado de consumo, estaria sujeito a ele, sendo um exemplo notório e trágico, o acidente com o voo 1907 da companhia Gol Linhas Aéreas, em 29 de setembro de 2006. Essa tragédia não apenas vitimou mais 150 pessoas, como também afetou trecho de terra indígena considerado sagrado por este povo. Os indígenas isolados não estão inseridos na cadeia de consumo da mesma forma que a população urbanizada, todavia, o CDC os confere proteção, da mesma forma, a exemplo da aplicação do direito do consumidor por equiparação, previsto nos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29, sobre o exemplo supra.

A legislação confere este caráter de proteção, ante a evidente vulnerabilidade do consumidor na cadeia de consumo. A relação existente entre fornecedor e consumidor importa em franca desigualdade, cuja equiparação depende da interferência estatal, com a combinação do texto da lei e sua correta aplicação pelos agentes responsáveis.

Infelizmente esta conexão entre a legislação vigente e a sua devida aplicação tem se enfraquecido ao longo do tempo. Para além disso, a sociedade brasileira está diante de uma franca tentativa de afastamento do consumidor do amparo estatal.

O Congresso Nacional possui diversos projetos que atentam, não apenas sobre direito do consumidor, como sobre outro direito e garantia fundamental – o acesso à Justiça. Um movimento que há alguns anos parecia pequeno, de alguns magistrados não afeitos a devida prestação jurisdicional que lhes compete, passou a exigir do consumidor a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, antes de ingressar com ações judiciais. Ora, é evidente que decisões desta natureza não encontram parâmetro, nem mesmo na lei processual em vigor, posto que a mera existência de leis desta natureza, importaria em inconstitucionalidade, por violação direta ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Infelizmente, isto não tem intimidado os patrocinadores desta malfadada tese, chamada de “falta de pretensão resistida”, pelo contrário,

tais projetos contam com franco apoio de grandes e poderosos fornecedores, amparados por táticas execráveis, como a de contar uma mentira mil vezes, com a intenção de torná-la “verdade”.

Esta conduta é notória na justificativa para o PL 533/2019, onde seu proponente relata, inclusive a veículos de mídia jurídicos¹, que os motivos para a grande quantidade de processos em trâmite no Brasil é decorrente de uma suposta “cultura litigante” do consumidor brasileiro. Obviamente que este é um discurso falacioso, carente de fontes, posto que a análise fática da realidade, demonstra um cenário completamente diferente.

O que vemos no Brasil atualmente é uma situação de franca ignorância da população quanto aos próprios direitos, decorrente de um sistema de ensino incompleto, alienação da população, que aprende a “temer” grandes empresas, a ponto de achar impossível reclamar algum direito contra estas e, obviamente, insegurança jurídica, que assola cada vez mais a população, especialmente diante da postura do Poder Judiciário sobre as demandas consumeristas levadas à sua análise.

Esta situação resulta em uma realidade amarga, de fato, há um aumento no número de ações judiciais, entretanto, o que se verifica é uma grande variedade de consumidores nos polos ativos dessas lides, em contrapartida, o polo passivo possui notória repetição dos atores que as compõem, com ênfase aos grandes grupos econômicos detentores dos serviços de telecomunicações e as instituições financeiras.

Ainda que o comportamento lógico fosse a correta análise desta situação, importando em punições mais duras contra tais empresas, que violam sistematicamente o direito do consumidor sacramentado na lei, o Poder Judiciário brasileiro tem acatado cada vez mais as falaciosas teses defensivas apresentadas automaticamente por tais grupos, como “indústria do dano moral”. Tal situação tem resultado em punições pífi

¹ <https://www.jota.info/coveragens-especiais/relacoes-de-consumo/projeto-obriga-consumidor-a-buscar-acordo-antes-de-acionar-justica-22042021>.

nas sentenças, quando ocorrem e cada vez menos qualidade de atendimento ao consumidor e maior número de demandas processuais.

Ora, o raciocínio do mercado é focado nas medidas que proporcionam o maior lucro. Obviamente que “economizar” em estrutura que garanta atendimento, produtos e serviços, no mínimo, satisfatórios ao consumidor, ciente que as indenizações eventualmente determinadas serão em valores irrisórios, importará em uma postura de desrespeito sistemático à legislação vigente, pelo simples fato de ser mais lucrativo. Percebam que sob esta ótica, é possível imputar a causa para o aumento das demandas ao Poder Judiciário e aos fornecedores, entretanto, a “campanha” promovida atualmente é a de que o culpado seria o consumidor, quando na verdade, ele é a única vítima.

O consumidor brasileiro, ao contrário do que relata o proponente do PL 533/2019, é passivo, ele tem aversão a conflitos, sua intenção é sempre a de tentar resolver os vícios encontrados em produtos e serviços contratados de forma simples e rápida, muitas vezes arcando com grandes prejuízos legais, morais e financeiros, para não precisar enfrentar demandas judiciais que demoram anos, e que não costumam atender aos seus anseios, tampouco reparar os danos sofridos, não obstante, uma franca minoria da população procura a Justiça em situações extremas, após todas as alternativas falharem, ocasionando o círculo vicioso descrito acima.

3 DO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Em todas as nações desenvolvidas social e economicamente, é notória, ainda que coincidentemente, a relação entre economia forte, com população educada, consciente e proativa quanto aos próprios direitos.

O Brasil possui uma legislação visionária para a promoção de políticas de defesa do consumidor, contudo, grande parte da população desconhece seus próprios direitos. Sem o controle estatal mínimo contra

os abusos cometidos por fornecedores, especialmente os de grande porte, a tendência é a decadência dessas políticas e, conseqüentemente, da queda de qualidade nos produtos, serviços e atendimento disponibilizados ao consumidor no mercado de consumo.

A solução para este problema deve se focar na origem, a educação, vista como principal instrumento para exercício da cidadania, baseada no conhecimento.

Ainda que o presente artigo relate a inserção do consumidor no mercado de consumo (mesmo que involuntariamente) a partir do nascimento, é raro se deparar com um cidadão consciente de seus direitos em momentos chave. Essa situação não se limita à parcela da população sem acesso à educação de qualidade, incluindo até mesmo graduados em Direito, posto que, não raro, o curso de graduação não conta nem mesmo com “noções de Direito do Consumidor” que, quando presente, se configura em matéria optativa, sendo raras as instituições de ensino superior que a incluem em sua grade curricular regular.

Tais “noções de Direito do Consumidor” deveria estar inserida no calendário do ensino fundamental, especialmente diante da sociedade contemporânea, onde pré-adolescentes já possuem smartphones com acesso à internet, o que lhes confere, literalmente na palma da mão, os mais variados aplicativos, contendo acesso pleno sobre os mais diversos produtos e serviços, demandando educação efetiva sobre a qualidade e limitações dos mesmos, inclusive quanto aos direitos de personalidade e privacidade, em uma ligação direta à recente Lei Geral de Proteção de dados.

A inclusão do Direito do Consumidor desde o ensino fundamental, importaria no fortalecimento da população na consciência e na defesa de seus direitos. Esta conduta aliada a investimentos sérios e estratégicos nos Procons e aprimoramento de ferramentas como o consumidor.gov.br, por si, aumentaria a pressão sobre fornecedores, importando em melhorias sobre produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Obviamente que outros fatores serão preponderantes, para que a esperada evolução nas relações de consumo se concretizem, como a

valorização do consumidor perante do Poder Judiciário, o que se será objeto de discussão aprofundada em outro momento.

4 CONCLUSÃO

Desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, a sociedade brasileira se deparou com cenários de avanços e retrocessos nas políticas de defesa do consumidor, com ênfase ao primeiro caso.

Infelizmente, desde o início do atual governo federal eleito, verifica-se uma grave (e ilícita) confusão entre políticas de governo, que comportam ideologias e políticas próprias, com políticas de Estado, que estão preconizadas na Constituição Federal, cujo dever do governante transitório é resguardá-la e evoluí-la.

Esta situação tem imposto uma sucessão de retrocessos sobre direitos há muito conquistados, em clara desvirtuação das políticas de Estado de defesa do consumidor. Obviamente que até mesmo em situações de crise, é possível encontrar alento, como a recente aprovação da lei de combate ao superendividamento, no momento em que a sociedade brasileira mais necessita desta.

O combate aos retrocessos deve partir da educação do consumidor, quanto aos direitos que os suportam na relação de consumo e, conseqüentemente, no fortalecimento do exercício da cidadania e da pressão sobre evolução das políticas de defesa do consumidor perante o Três Poderes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 07 out. 2021.

CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei 533/2019**. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>. Acesso em: 07 out. 2021.

OYAMA, Érico. Projeto obriga consumidor a buscar acordo antes de acionar a justiça. **Jota**, Brasília, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/relacoes-de-consumo/projeto-obriga-consumidor-a-buscar-acordo-antes-de-acionar-justica-22042021>. Acesso em: 07 out. 2021.

2. Direitos Básicos dos Consumidores

A PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA CONCESSÃO DE CRÉDITO COMO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR (CDC, art. 6º, XXII)

Geyson Gonçalves*

RESUMO: O CDC foi alterado para a inclusão, entre outros dispositivos, da preservação do mínimo existencial na concessão de crédito como direito básico do consumidor. O artigo tem como objetivo investigar o alcance do dever legal de preservação do mínimo existencial como um balizador na concessão de crédito e utilizou o método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que altera o Código de Defesa do Consumidor-CDC (Lei nº 8.078/1990) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, foi recebida com entusiasmo pelos que atuam em defesa dos consumidores. Resultado de um movimento que unificou juristas e entidades (e que durou quase uma década), as alterações buscam, especialmente, regular a situação dos superendividados no país, até então sem qualquer previsão normativa específica que tratasse dos graves problemas relacionados à “impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas

* Advogado. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Doutor em Direito-UFSC. Membro Consultor da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB.

de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial” (CDC, art. 54-A, §1º).

Entretanto, além de indicar os dispositivos específico para os superendividados, trouxe também acréscimos relevantes para o sistema dos direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º, do CDC e que devem ser aplicados a todos os consumidores, e não exclusivamente aos superendividados (nos termos do agora vigente artigo 54-A, §1º, do CDC).

Uma das inclusões é a necessidade de preservação do mínimo existencial da repactuação de dívidas e na concessão de crédito. A previsão é importante porque, ao incluir a o respeito ao mínimo existencial na contratação de crédito, permite prevenir o superendividamento e, ao mesmo tempo, responsabilizar o fornecedor em caso de inobservância do preceito legal.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

A expressão “dignidade humana” foi inicialmente utilizada em escritos religiosos e filosóficos e passa ter espaço no direito, em sentido próximo ao atual, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, no “Preâmbulo” da Carta das Nações Unidas. A partir de então, inúmeros diplomas jurídicos passam a inserir a expressão, como a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em que foi introduzida com o status de princípio, verdadeiro princípio fundamental, já que inscrita em seu artigo 1º, com um dos fundamentos da República¹.

A dignidade da pessoa humana, na esteira do conceito formulado por Antônio Junqueira de Azevedo², pode ser definida como um princípio

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 9, p. 3-24, jan./mar. 2002.

que dá origem, em sequência hierárquica, a três preceitos: (a) respeito à integridade física e psíquica das pessoas; (b) consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e (c) respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. Logo, uma definição possível do princípio deixa clara a necessidade de temas como convivência social igualitária e o alcance de pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida como seus corolários.

Assim, a necessidade de preservação de pressupostos materiais mínimos já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro com a previsão da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Entretanto, impossível negar o caráter geral e abstrato dos princípios, e mesmo partindo da premissa que os princípios regulativos³ (relacionados aos direitos fundamentais) devem ser imediatamente aplicados, sua expressa previsão não deixa espaço para dúvida sobre o surgimento de um importante dever legal para os fornecedores de crédito (ainda que sem regulamentação).

Assim, embora seja reconhecidamente difícil elencar de forma precisa o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, uma indicação é importante para sua própria concretização e para, partindo desse conteúdo, retirar elementos suficientes para indicar o mínimo existencial e a proteção aos consumidores como um de seus corolários.

Importante também reconhecer as condições socioeconômicas de alguns grupos de pessoas que resultam no comprometimento significativo de seus rendimentos exclusivamente para o pagamento de dívidas oriundas de operações de crédito e outras dívidas de consumo. Em tempos de pandemia da Covid-19 e deterioração da situação econômica, a questão é ainda mais grave.⁴

³ Sobre o assunto ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia – teoria de la democracia. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016.

⁴ O endividamento das famílias chegou, em junho, a um novo recorde: 69,7% relataram ter dívidas, segundo a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC). É

E com a oferta de crédito realizada de forma irresponsável (abusiva em boa parte das vezes), comprometendo significativamente a renda do consumidor e deixando de preservar um valor mínimo para suas necessidades fundamentais, a concretização do princípio, pelo menos em relação às necessidades básicas da pessoa humana, deixa de ser observada, levando o consumidor ao superendividamento e, muitas vezes, sendo o único responsabilizado pelos ônus do endividamento, como se o fornecedor de crédito não tivesse qualquer dever a observar na sua oferta. Logo, entre as várias dimensões possíveis do princípio da dignidade da pessoa humana, é razoável acreditar na existência de uma espécie de dimensão material do princípio, que é o conceito de “mínimo existencial”, agora expressamente previsto no CDC.

Já foi dito que um dos princípios que emergem da dignidade humana é a integridade fisiopsíquica das pessoas. Esta integridade depende da satisfação das necessidades básicas da pessoa: alimentação, saúde, vestuário, transporte, educação, moradia, lazer etc. E a satisfação dessas necessidades, não apenas em seu grau mínimo (necessidades vitais), mas que proporcionem, ao titular do direito, uma vida digna, pode ser chamado de “mínimo existencial”.

Para SARLET, o mínimo existencial está claramente vinculado aos direitos fundamentais sociais, embora muitos aspectos controversos ainda persistam sobre seus contornos e aplicação. Exatamente por isso o Autor identifica na gênese do mínimo existencial sua ligação com os direitos fundamentais sociais (prestacionais), já que não se pode justificar sua efetividade apenas como uma proibição de interferência. Por esta razão, a garantia a recursos materiais para uma existência digna pressupõe também uma postura ativa do Estado (direitos prestacionais).

o maior patamar da série histórica da pesquisa, iniciada em 2010, e representa uma alta de 1,7 ponto percentual frente a maio, quando estava em 68%. Em junho de 2020, a taxa estava em 67,1%. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/07/01/endividamento-das-familias-renova-recorde-em-junho-diz-cnc.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2021.

Logo, assegurar o mínimo existencial para todas as pessoas passa, obrigatoriamente, pela análise do consumo da população em geral. Isso porque o acesso aos bens e serviços necessários para alcançar as condições materiais para uma vida digna passam pelo estabelecimento de relações de consumo, seja na compra (aquisição) direta de bens, seja pelo acesso ao crédito (dinheiro) para sua satisfação.

Importante também destacar que a efetividade da garantia ao mínimo existencial em uma população fortemente atingida pelas terríveis condições econômicas e desigualdade extrema ainda é uma grande utopia (ainda que realizável).

Entretanto, o reconhecimento expresso de sua existência e a necessidade de observação de seus parâmetros na concessão de crédito pode (e deve) contribuir para diminuir o número de superendividados, partindo do pressuposto que a oferta de crédito pelos fornecedores (em especial de serviços financeiros) deve ser acompanhada de maior rigor em relação à situação financeira do consumidor, especialmente em função dos inúmeros cadastros existentes e acessíveis aos fornecedores de crédito que, com isso, podem estabelecer um parâmetro seguro para a oferta, considerando o dever legal de preservar o mínimo existencial do consumidor e sendo corresponsável pela adequação dos contratos aos parâmetros legais estabelecidos.

3 A PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL DA CONCESSÃO DE CRÉDITO

A oferta ao crédito é uma das ferramentas que podem (e devem) ser usadas para garantir o acesso de consumidores a bens e serviços que precisem e/ou desejem (de primeira necessidade ou mesmo de novas necessidades). Entretanto, junto com o crescimento da oferta de crédito surge também, por vários motivos, o consumidor que compromete demasiadamente sua renda com o pagamento de empréstimos (consignados ou não), dívidas parceladas no cartão de crédito, além de

outras dívidas de consumo. Em alguns casos, o comprometimento da renda familiar chega quase ao total recebido, impactando diretamente na satisfação de necessidades básicas e, com isso, incluindo o consumidor e sua família na faixa de superendividados.

Manter a oferta de crédito sem que isso resulte em ofensa a direitos fundamentais do consumidor e, portanto, seu superendividamento é uma questão complexa e de responsabilidade compartilhada. Ainda hoje é comum que se trate o superendividamento como uma questão particular, de absoluta irresponsabilidade do consumidor que gastou além do que deveria (sem considerar a massiva e abusiva publicidade dos fornecedores de crédito e a vulnerabilidade – em alguns casos agravada – dos consumidores). A questão, entretanto, tem inúmeros outros componentes que contribuem para que o consumidor acabe por assumir compromissos além de sua capacidade financeira. Não é objeto deste artigo discorrer sobre as características da sociedade de consumo em que estamos inseridos e sobre as “armadilhas” do consumismo, mas nunca é desnecessário reafirmar a situação de vulnerabilidade do consumidor.

Aqui importa reiterar a importância da previsão legal, instituída pela Lei nº 14.181/2021, que estabelece um dever legal aos fornecedores na oferta e concessão do crédito aos consumidores. Diz o artigo 6º, inciso XII, do CDC que é um direito básico do consumidor a “preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito”.⁵

A concessão do crédito, agora de acordo com expressa previsão legal, não pode ignorar a situação financeira do consumidor, sob pena de contrariar o dispositivo legal em comento. Isso, na prática e independente de regulamentação que ainda será realizada (que não pode subverter a lógica da previsão legal), significa que a oferta de crédito não pode ser

⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] XII – a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021).

aleatória e/ou ilimitada, sem qualquer preocupação ou responsabilidade com as condições financeiras do consumidor. A prática corriqueira de ofertar crédito sem qualquer critério (o anúncio de “crédito para negativados”, “crédito sem consulta ao SPC/SERASA” etc.) não apenas já era uma prática abusiva dos fornecedores (nunca combatida de maneira eficiente pelos órgãos de proteção ao consumidor), como agora contraria diretamente previsão legal.

A preservação do mínimo existencial do consumidor, assim como vários outros direitos básicos previstos no artigo 6º, do CDC, passa a ser um dever exigido pela lei para a concessão do crédito, passando a ser componente essencial da oferta, não podendo, portanto, ser realizada sem prévia análise sobre o impacto do crédito na vida financeira do consumidor.

A alteração no CDC com a inclusão da necessidade de respeito ao mínimo existencial é muito recente e sua regulamentação (nos termos do próprio dispositivo legal) ainda não existe. Entretanto, o dispositivo está em pleno vigor e sua regulamentação servirá para reforçar sua efetividade, não sendo razoável imaginar que o dispositivo, *per si*, não possa ser imediatamente aplicado, especialmente como um “novo” balizador da estrutura das ofertas de crédito.

4 CONCLUSÃO

A inserção de disposto que preserve o mínimo existencial dos consumidores na concessão de crédito é uma conquista. O fenômeno do superendividamento ocorre, em parte pelo menos, da assunção de obrigações impossíveis de adimplir, levando em consideração a capacidade financeira dos consumidores. A situação não é nova e é ruim para todos os envolvidos (fornecedor e consumidor) e para a própria economia (mercado de consumo). Logo, todas as medidas que tenham como objetivo prevenir a concessão irresponsável de crédito são uma boa notícia.

Os fornecedores de crédito possuem inúmeros cadastros e informações sobre os consumidores (cadastros positivos e negativos),

sendo absolutamente exequível utilizar parâmetros para limites nas ofertas de concessão de crédito ao consumidor. Trata-se, como já mencionado, de uma responsabilidade compartilhada entre as partes. A boa-fé objetiva, afinal, é princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que inúmeras questões relevantes devam ser incluídas na regulamentação específica da matéria (como a questão do acesso aos dados pessoais do consumidor e a consolidação de eventuais parâmetros percentuais para os limites da concessão de crédito), não se pode ignorar a existência do dispositivo legal, que deve ser utilizado como balizador de uma contratação mais adequada e que, conseqüentemente, diminua a possibilidade de o consumidor ficar superendividado.

Outra questão relevante no dispositivo legal é que a análise da situação financeira do consumidor para uma oferta de crédito responsável deve levar em consideração as demais obrigações já assumidas pelo contratante (como eventual pagamento de pensão alimentícia, obrigações decorrentes de condenações civis etc.), além das usuais dívidas de consumo, já que a preservação do mínimo existencial passa, em termos mais amplos, pela possibilidade do contratante/consumidor ter recursos suficientes para satisfação de suas inúmeras necessidades básicas (as de consumo incluídas).

Apesar de ainda não regulamentado, o dispositivo que trata do dever legal de preservar o mínimo existencial do consumidor obriga as partes envolvidas a tratarem os limites do crédito como um dado objetivo, componente necessário das tratativas para sua concessão, expressamente previsto em lei e que deve orientar as práticas do mercado de consumo a partir de agora.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 2, vol 9, p. 3-24, jan/mar. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcis/18078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm#art1. Acesso em: 10 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia – teoria de la democracia. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016.

GONÇALVES, Geyson. **Superendividamento**: mínimo existencial e garantismo. Florianópolis: Habitus, 2018.

MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto Castellanos. **Superendividamento dos consumidores**: Vacina é o PL 3.515/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015?pagina=2>. Acesso em: 10 jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 61, abril 2007.

VALOR ECONÔMICO. Endividamento das famílias renova recorde em junho, diz CNC. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/07/01/endividamento-das-familias-renova-recorde-em-junho-diz-cnc.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2021.

SAÚDE COMO DIREITO

Carla Simas Lima Peixoto*

RESUMO: Quando o assunto é relações de consumo no Brasil, abdicam-se da racionalidade e da razoabilidade e resvalam-se para a passionalidade. A Saúde é o principal espaço democrático para a construção de políticas públicas de saúde no Brasil. Com a participação de toda a sociedade civil e representantes do governo, o amplo fórum de debates é organizado com a finalidade de avaliar, planejar e fixar ações e diretrizes que melhorem a qualidade dos serviços de saúde pública, proporcionando melhor qualidade de vida para toda a população; afinal, todos nós somos consumidores e usuários.

Palavras-Chave: Saúde. Relações de Consumo. Direito do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina, quando bem empregadas, podem alcançar resultados muito além do que preconiza o ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de nutrir uma sociedade justa e harmônica, algumas normas predefinidas devem ser seguidas pelos indivíduos que compõe aquele grupo, de forma que possamos nos aproximar ao máximo da justiça e evitar o caos.

Estas normas surgem na sociedade para organizar as relações e, para tanto, tem caráter obrigatório. No estudo das fontes do direito,

* Advogada. Pós-Graduada em Direito pela Escola dos Magistrados da Bahia/UFBA. Pós-Graduada em Direito Privado pela CEJUS/Unyhana. Membro da Comissão Nacional de Defesa do Consumidor CFOAB. Conselheira do Tribunal de Ética e Disciplina OAB/BA. E-mail: carlasimas.adv@gmail.com.

verificamos que a principal diferença entre eles está o modo e o momento como surgem na sociedade.

Assim, constantes trabalhos e pesquisas realizadas constataram que as questões judiciais relacionadas a saúde batem recordes de queixas e reclamações, movendo-se inúmeros processos, referente à má prestação de bens e serviços oferecidos, resultando na Judicialização da saúde.

É nítida a insatisfação dos consumidores com esses serviços prestados, porém eles se veem prejudicados, uma vez que no mundo atual, ainda mais diante de uma pandemia, a saúde é imprescindível, e os seus serviços indispensáveis, uma vez ser um bem essencial.

Não é novidade que o direito do consumidor é uma das áreas de maior destaque e abrangência dentro do cenário jurídico nacional. Basta ver o tamanho do mercado de consumo brasileiro que a cada dia se alastra pelo aumento da população, ou mesmo pela capacidade de progressão exponencial, em virtude dos serviços criados.

Cumprir informar que Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º do CDC).

A proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa um tema atual do Direito, afinal, somos todos consumidores. Não é difícil explicar tão grande dimensão para um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado.

O homem do século XXI vive em função do modelo de sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do avanço tecnológico, do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma.

O marco da história do direito do consumidor no Brasil ocorreu com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990, tendo quase completado seus 31 anos de existência e aplicação.

Dito os direitos básicos do consumidor e ressaltando que o tema em comento se refere a aplicação da Saúde como Direito, adentremos na judicialização da saúde.

O Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº. 8.078/90), textualmente incentiva a utilização dos mecanismos da política nacional de relações de consumo no art. 4º, V.

O mercado, por sua vez, não apresenta mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la.

Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

Com o fulcro ainda no art. 4º do CDC e seus incisos, prega-se pela intervenção do Estado na relação de consumo, bem como pelo uso do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, nessa relação de consumo, ocorreu uma transvaloração de papéis. O que seria uma obrigação das empresas/prestadoras de serviços, conforme normas e preceitos legais, tornou-se uma função do Estado resolver essas questões por demandas judiciais, congestionando os Procon's, Juizados de Defesa do Consumidor, Defensoria Pública, Ministério Público, enfim, os órgãos que constituem o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (DNPC).

Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas facetas do mercado. Com o CDC almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica.

2 DESENVOLVIMENTO

O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade,

saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo, consoante dispõe o art. 4º da Lei nº. 8.078/90.

É necessário o desenvolvimento de um ambiente seguro para que as partes envolvidas nas celebrações contratuais sejam baseadas no fator confiança que sempre foi uma marca da atividade mercantil e do mundo das obrigações não importando se civis, mercantis ou de consumo.

Num contexto de retrocesso das políticas sociais relacionadas à saúde, em 1941, antes mesmo da criação do Ministério da Saúde, discutia-se como tema central “Situação Sanitária e Assistencial dos Estados”.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, foi um marco na história da saúde no Brasil, que forneceu as bases para elaboração do capítulo sobre saúde na Constituição Federal de 1988 e criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Direito Humano à Saúde e à Proteção da vida ganharam destaques.

O conceito de saúde foi ampliado e está diretamente relacionado ao conceito de democracia.

A saúde deixou de ser meramente “ausência de doença” e passou a ser conceituada como um bem-estar físico, social, afetivo, que tenham direito à casa, ao trabalho, a saneamento básico, ao salário digno, direito ao meio ambiente.

A saúde passou a ser democracia, pois, não basta um sistema de assistência às doenças; é imprescindível um sistema que, sob responsabilidade do Estado brasileiro, atue de forma a responder às necessidades de saúde da população e os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do país.

Assim, a saúde passou a ser um direito humano, o qual deve ser universal, indivisível e interdependente.

À luz do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, define-se saúde como um direito em que todas as pessoas têm a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família,

saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Assim, a Constituição Federal de 1988 deu materialidade legal para a saúde como um Direito de todos e Dever do Estado.

Uma vez aprovada e promulgada a Constituição Federal de 1988, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS) e a Lei Orgânica da Saúde, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde.

As doenças mudaram, os hábitos de vida do brasileiro mudaram, a saúde do país mudou.

Portanto, diante do atual cenário, a legislação e políticas públicas do Brasil sobre a saúde também acompanharam tal evolução da ciência humana e ainda recaiu sobre o Judiciário.

O Brasil é o único país do mundo com milhões de habitantes que tem um sistema de saúde público e gratuito.

Assim, quando um cidadão não tem seu direito à saúde atendido, e ele não está disponível no SUS, a única forma dessa paciente obtê-lo é ajuizando ações na justiça contra o governo para reivindicar as doses necessárias, o atendimento, o tratamento, já que o acesso universal e igualitário à saúde é um direito garantido pela Constituição.

Esse processo se chama **Judicialização da Saúde**.

Infelizmente essa alternativa não produz igualdade no acesso ao tratamento, uma vez que nem todas os pacientes sabem que podem ou o que devem fazer para recorrer a esse recurso quando não há o tratamento disponível na rede pública.

No contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da **judicialização da saúde** expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais. O fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos.

No que concerne aos planos privados de assistência à saúde, estes também deixam a desejar na sua relação de consumo com os consumidores, negando, cada vez mais acesso a realização de exames, procedimentos, recaindo essas queixas e reclamações no fenômeno da judicialização da saúde.

Registre-se que é desnecessário enfatizar a condição adesiva de todas as operações de contrato efetivada aos planos de saúde, sendo cada vez mais escasso a contratação de plano de saúde individual.

Quem contrata com um plano de saúde só tem a possibilidade de aceitar em bloco as condições impostas ou recusá-las em sua totalidade, deixando de celebrar o contrato. Digamos: ou adere às condições, ou não contrata. Não pode, entretanto, modificá-las ou pretender discuti-las com o plano de saúde.

Pois, justamente para disciplinar situações análogas às expostas nestas situações, foi editado o CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei nº 8.078/90), onde foram acolhidos os princípios doutrinários que cristalizam, definitivamente, a possibilidade de revisão dos contratos e do restabelecimento do equilíbrio entre as partes.

Este Diploma legal, que consagra antigos e relevantes princípios, harmoniza-se com o nosso ordenamento jurídico, que contém cláusulas gerais como as enunciadas no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos arts. 3º, incs. I, II e III, 5º, § 1º e 170 da Constituição Federal.

Isso serve apenas para exemplificar um campo onde a discussão sobre a existência da relação de consumo entre todos os agentes envolvidos é ainda questionável, e o número de demandas mundo a fora será incomensurável, devendo existir uma legislação voltada para o consumidor.

Diante o exposto, insta acentuar que toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o direito à saúde possui dimensões éticas, políticas, jurídicas e técnico-científicas indissociáveis, e sua maior ou menor realização dependerá de um diálogo de interação aberta orientado por um enfoque hermenêutico, no plano individual ou coletivo, aliado ao enfrentamento de desafios teóricos e práticos na construção das novas instrumentalidades para sua efetividade.

De fato, a judicialização da saúde traz alterações significativas nas relações sociais e institucionais, com desafios para a gestão e representando efetivamente o exercício da cidadania plena e a adequação da expressão jurídica às novas e crescentes exigências sociais.

Esperamos que as decisões judiciais sobre o assunto levem em conta também a aplicação de princípios já consagrados pelo próprio CDC, tais como o da Boa-Fé Objetiva e o da Harmonia nas Relações de Consumo, de modo a evitar que eventuais abusos sejam aceitos.

As leis consumeristas não devem ser interpretadas de forma taxativa e unilateral em favor dos consumidores de má-fé, eis que um dos objetivos do CDC é promover o justo equilíbrio nas relações de consumo, protegendo o fornecedor dos casuísmos.

REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pelegri *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Ministério da Justiça**. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br>. Acesso: 09 jul. 2021.

_____. **Consulta legislação no site Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 09 jul. 2021.

DESAFIOS DA TELEMEDICINA NO BRASIL: embate regulatório para a modalidade teleconsulta e reflexos para o consumidor

Vinicius de Negreiros Calado*

Joaquim Pessoa Guerra Filho*

Bruno Valle Almeida*

RESUMO: O presente texto analisa o contexto atual da legislação da teleconsulta médica no Brasil como modalidade de atendimento médico a distância e inserida, dentre outras modalidades, no conceito mais amplo de telemedicina. Aborda a Resolução CFM nº 1.643/2002, a Lei nº 13.989/2020 e a necessidade de adequação da prática da teleconsulta ao direito à informação do consumidor (com base no CDC) e a proteção da sua privacidade (com base na LGPD).

Palavras-chave: Teleconsulta. CFM. CDC.

1 INTRODUÇÃO

A teleconsulta é uma modalidade de atendimento médico a distância e inserida, dentre outras modalidades, no conceito mais amplo de telemedicina. Via de regra, a consulta médica, a qual abrange também

* Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UNICAP, Coord. do LLM em Direito e Saúde da UNICAP. Membro das Comissões de Defesa do consumidor e de Direito e Saúde da OAB/PE; Professor universitário.

* Advogado, Pós-graduado em Direito Civil (UFPE) e em Direito Público (UPE), Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor e Secretário-geral da Comissão de Direito e Saúde da OAB/PE; Assessor Jurídico Chefe do Conselho Regional de Medicina de Pernambuco.

* Advogado, Pós-graduando em Direito Médico e da Saúde (LLM-UNICAP) e Membro das Comissões de Defesa do consumidor e de Direito do Trabalho da OAB/PE.

a teleconsulta, envolve diagnóstico e anamnese (exame físico, diretamente no corpo do paciente), solicitação de exames e prescrições.

Contudo, é indiscutível o avanço das tecnologias na medicina, em especial nas modalidades remotas, seja por imagens, vídeos ou mesmo sons, sendo a telemedicina uma realidade que já possui décadas de regulação específica no cenário internacional, tendo seu reconhecimento formal, segundo Gogia¹ “[...] na década de 1920, quando sinais bidirecionais de televisão e áudio foram usados para se comunicar”.

No Brasil, os atendimentos médicos realizados de maneira remota passaram a ganhar atenção a partir do ano de 1999. Isso passou a ocorrer em razão da “Declaração de Tel Aviv sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina”², tendo sido adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, naquele mesmo ano.

Por força de Processo-Consulta junto ao Conselho Federal de Medicina (CFM) adveio o Parecer CFM N° 36/2002³. Na referida consulta, uma empresa de telecardiologia do Estado do Mato Grosso do Sul, requereu ao CFM parecer sobre a possibilidade de prestação de serviços de telemedicina, objetivando prestar serviços de exames cardiológicos de forma remota, à exemplo do Ecocardiograma (ECG).

O relator parecerista considerou que o CFM se alinhava ao entendimento das Associações Médicas Mundial e brasileira quanto à responsabilidade médica, devendo o referido documento servir como base para a elaboração de Resolução posteriormente, o que ocorreu com a

¹ GOGIA S. (org.). **Fundamentals of telemedicine and telehealth**. London: Elsevier/Academic Press; 2020.

² ISRAEL. World Medical Association. **WMA Statement On Accountability, Responsibilities And Ethical Guidelines In The Practice Of Telemedicine**. [Declaração de Tel Aviv, 1999]. Israel, 1999. Disponível em: <https://www.wma.net/policiespost/wma-statement-on-accountability-responsibilities-and-ethical-guidelines-in-thepractice-of-telemedicine/>. Acesso em: 15 maio 2020.

³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Processo-Consulta CFM n° 698/2001 PC/CFM/N° 36/2002**. Parecer aprovado em Sessão Plenária Dia 07/08/2002. Brasília, 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2002/36>. Acesso em 24 jun. 2021.

publicação da Resolução, de Nº 1.643/2002⁴, sendo ela a primeira regulamentação para o exercício da telemedicina no Brasil e ainda vigente.

Contudo, apesar de viger há quase 20 (vinte) anos, a regulação referente ao tema é bem tímida e, no que tange à modalidade teleconsulta é bastante restritiva.

Com a superveniência da pandemia provocada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), foi sancionada a Lei nº 13.989/ 2020⁵ autorizando o uso excepcional da telemedicina durante o período pandêmico. A referida lei ampliou o acesso e a utilização da ferramenta sob o argumento de garantir o acesso à vida e à saúde, preservando ao máximo o isolamento social recomendado.

Ocorre que houve veto presidencial a “prerrogativa” normatizadora do CFM sobre o assunto, posteriormente derrubado pelo Congresso Nacional, gerando, com isso, uma gama de debates acerca do serviço e os limites para sua realização, sobretudo em relação à atenção aos princípios ético-profissionais da medicina e do consumidor brasileiro, destinatário do serviço.

2 EMBATE REGULAMENTAR. O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A LEI Nº 13.989/2020

Conforme exposto na parte introdutória deste trabalho, o Conselho Federal de Medicina, amparado nas normas deontológicas da profissão⁶, as quais direcionam o seu exercício em benefício do ser

⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.643/2002, de 07 de agosto de 2002**. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Brasília, 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13989.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.217/2018**. Código de Ética Médica, de 01 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2021.

humano e da sociedade, tem visto uma grande atenção com a prestação de serviço mediado pela telemedicina.

O Código de Ética Médica (CEM) disciplina em seu art. 37 que o médico não pode prescrever “sem exame direto do paciente”, excetuando casos de urgência ou emergência com uma série de restrições e esclarece que o atendimento à distância “dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina” (Art. 37 § 1º do CEM).

Essa regulamentação, mencionada pelo CEM, atualmente é bastante tímida, sendo uma delas a já referida Resolução CFM nº 1.643/2002, que fora substituída brevemente pela Resolução CFM nº 2.227/2018⁷, revogada pouco tempo após sua publicação. Essa “nova” resolução trazia uma regulamentação mais específica e objetiva em relação às modalidades de telemedicina, diferenciando, por exemplo, teleconsulta e teleinterconsulta, que são modalidades diferentes.

Apesar disso, a resolução emitida pelo CFM em 2018 fora revogada pela Resolução CFM nº 2.228/2019⁸, que reestabeleceu a anterior de 2002, mais genérica. A motivação para o reestabelecimento da norma primitiva, segundo o CFM, foi “em virtude do alto número de propostas encaminhadas pelos médicos brasileiros para alteração dos termos da Resolução CFM nº 2.227/2018”.

Em que pese as razões expostas na referida norma, é necessário sopesar que, desde a entrada em vigor da primeira resolução do CFM em 2002, passaram aproximados 20 (vinte) anos, necessitando, portanto, uma atenção urgente para a regulamentação das modalidades de telemedicina que atendam os anseios da sociedade, mas sobretudo os avanços tecnológicos.

⁷ BRASIL. **Resolução CFM nº 2.227/2018, de 13 de dezembro de 2018.** Define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologias. Brasília, 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2227>. Acesso em: 04 jul. 2021.

⁸ BRASIL. **Resolução CFM nº 2.228/2019, de 06 de fevereiro de 2019.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 04 jul. 2021.

Pois bem. Conforme mencionado, no ano de 2020 fora promulgada a Lei nº 13.989/2020, autorizando o uso da telemedicina e suas vertentes, durante a pandemia de novo coronavírus, sem maiores regulações.

Resta indiscutível a prevalência da lei sobre a regulamentação do CFM. Outrossim, compreende-se que não se pode mais aguardar uma regulamentação infralegal sobre a telemedicina e suas modalidades no Brasil.

Explica-se: As disposições trazidas por meio da Resolução CFM nº 1.643/2002, não impedem a realização de teleconsulta. Ocorre que segundo o entendimento comum no meio médico, muito em virtude do disciplinado pela revogada Resolução da telemedicina, só se deve realizar a teleconsulta após uma prévia consulta presencial.

Nos Estados Unidos da América, na grande maioria dos estados componentes daquele país, a teleconsulta pode ser realizada sem qualquer restrição⁹, naquilo que para Lopes *et al.*¹⁰ se afigura como “nova ética digital na prática médica”.

Cumpre destacar, todavia, a importância da Lei nº 13.989/2020, mais especificamente no que tange a sua abrangência, pois segundo dispõe o seu Art. 3º, “Entende-se por telemedicina, entre outros, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde”. Destaque-se o termo “entre outros”, que dá justamente a aceção de abrangência da norma.

Daí, entende-se que o legislador preencheu uma lacuna regulamentar deixada pela revogada Resolução CFM nº 2.227/2018. O questionamento passa a ser, então, de como será regulamentada a questão após a pandemia de SARS-CoV-2, como estabelece a Lei nº 13.989/2020, pois uma coisa é certa, o avanço tecnológico é inexorável e as leis precisam acompanhar os fatos sociais.

⁹ SCHMITZ, C. A. A. *et al.* Teleconsulta: nova fronteira da interação entre médicos e pacientes. **Rev Bras Med Fam Comunidade**, v. 12, n. 39, p. 1- 7, 2017. Disponível em: <https://www.rbmfmc.org.br/rbmfc/article/view/1540/875>. Acesso em: 07 jul. 2021.

¹⁰ LOPES, MACQ, OLIVEIRA, GMM, AMARAL JÚNIOR, A, PEREIRA, ESB. Janela para o Futuro ou Porta para o Caos? **Arq Bras Cardiol**, v. 112, n. 4, p. 461-465, 2019.

3 A TELECONSULTA E O DEVER DE INFORMAÇÃO

A necessidade de informação ao paciente-consumidor dos riscos inerentes ao uso dos meios de telemedicina, bem como os meandros em torno dessa modalidade, inclusive do sigilo das informações sensíveis fornecidas durante o atendimento médico, é incontestável. Primeiramente, porque é obrigação do médico informar e esclarecer ao paciente sobre o procedimento a ser realizado, o direito deste em consentir, sendo prévia e devidamente informado sobre todos os aspectos que guarnecem o referido procedimento.

Esse dever informacional e de consentimento está expresso no Art. 22 do CEM, o qual prevê que “É vedado ao médico” “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”. Sendo assim, o dever de informar estende-se também à prestação de serviço médico mediada por telemedicina, em todas as suas modalidades, uma vez que é um procedimento médico, porém realizado por meio virtual.

Ademais, a própria lei da telemedicina prevê no seu art. 4º que “O médico deverá informar ao paciente todas as limitações inerentes ao uso da telemedicina, tendo em vista a impossibilidade de realização de exame físico durante a consulta”. Esse dever de informação está em conformidade com Código de Defesa do Consumidor, que dispõe entre os direitos básicos do consumidor insculpidos no artigo 6º¹¹, o de receber do fornecedor as informações claras e adequadas sobre os diferentes produtos e serviços em circulação.

Diante das medidas de distanciamento impostas pelo governo, cresceu a partir da lei da telemedicina a realização de atendimentos pelo

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

meio remoto, impossibilitando muitas vezes os exames físicos nos pacientes. Portanto, tentando um diálogo entre as normas que versam sobre o assunto, seja a nova lei da telemedicina, seja a antiga resolução do CFM, o médico deve observar a regra imposta por ambas, a de informar de forma clara e adequada.

Outrossim, dentre os princípios e orientações da Declaração sobre a Ética na Telemedicina da Associação Médica Mundial (2007[2018])¹², há disposição expressa sobre o consentimento informado adequado para a telemedicina.

Ademais, os riscos inerentes à teleconsulta quanto ao sigilo dos dados e informações colhidas durante o atendimento médico também devem ser informados ao paciente. Isso ocorre em razão também da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei nº 13.709/2018)¹³, posto que os dados sobre a saúde são considerados como dados sensíveis, cujo tratamento deve obedecer às regras ali impostas.

A referida LGPD também se aplica o dever de correto tratamento dos dados dos pacientes aos demais profissionais de saúde, bem como toda a cadeia de profissionais relacionados ao atendimento prestado, isto é, hospitais, planos de saúde e os demais profissionais vinculados a essas instituições. Em resumo, o dever de informar e o dever de obter consentimento (se esta for a base legal) estende-se a todos os profissionais ligados a um único atendimento.

¹² ISRAEL. World Medical Association. **WMA Statement On Accountability, Responsibilities And Ethical Guidelines In The Practice Of Telemedicine.** [Declaração de Tel Aviv, 1999]. Israel, 1999. Disponível em: <https://www.wma.net/policiespost/wma-statement-on-accountability-responsibilities-and-ethical-guidelines-in-thepractice-of-telemedicine/>. Acesso em: 15 maio 2020.

¹³ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: DOU, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

4 CONCLUSÃO

A ausência de informação e esclarecimento pelos médicos e demais profissionais de saúde, ou mesmo da rede de serviços médico-hospitalares e planos de saúde, sobre os riscos e limitações de uma teleconsulta ao seu paciente, podem acarretar-lhes sanções na esfera ético-profissional, cível e administrativa.

A legislação como um todo é abrangente, mas um tanto restritiva quanto à teleconsulta, posto que se trata de hipótese que deve observar os preceitos éticos da medicina e, no âmbito de CFM, depende de prévia consulta presencial.

Com a pandemia, essa consulta prévia foi amplamente dificultada, em razão de que as regras de distanciamento social impediam até mesmo o deslocamento. Considere-se, ainda, que exames, consultas e até cirurgias eletivas foram suspensas em diversas regiões do país.

Passado o momento da pandemia de SARS-CoV-2, conforme disposição expressa na Lei nº 13.989/2020, se faz necessário e urgente regulamentar a telemedicina/teleconsulta no Brasil. Essa regulamentação deve ser bastante específica, determinando as limitações, os deveres dos médicos e de toda a cadeia de profissionais que estarão envolvidos com a teleconsulta, em respeito à própria ética médica, ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei Geral de Proteção de Dados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: DOU, 2018. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília: DOU, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.643/2002, de 07 de agosto de 2002**. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. Brasília, 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.217/2018**. Código de Ética Médica, de 01 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.227, de 13 de dezembro de 2018**. Define e disciplina a telemedicina como forma de prestação de serviços médicos mediados por tecnologias. Brasília, 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2227>. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.228, de 06 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Processo-Consulta CFM nº 698/2001 PC/CFM/Nº 36/2002**. Parecer aprovado em Sessão Plenária

Dia 07/08/2002. Brasília, 2002. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2002/36>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1540580 DF 2015/0155174-9**. Recorrente: Dimas Pereira e Abrahão, Lindalva Goncalves Abrahão e Tiago Barboza Abrahão. Recorrido: Sociedade Beneficiante de Senhoras Hospital Sírio Libanês. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 02 de agosto de 2018.

CALADO, VN. **Responsabilidade civil do médico e consentimento informado**: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá; 2014.

GOGIA S, (org.). **Fundamentals of telemedicine and telehealth**. London: Elsevier/Academic Press, 2020.

ISRAEL. World Medical Association. **WMA Statement On Accountability, Responsibilities And Ethical Guidelines In The Practice Of Telemedicine**. [Declaração de Tel Aviv, 1999]. Israel, 1999. Disponível em: <https://www.wma.net/policiespost/wma-statement-on-accountability-responsibilities-and-ethical-guidelines-in-thepractice-of-telemedicine/>. Acesso em: 15 maio 2020.

LOPES, MACQ; OLIVEIRA, GMM; AMARAL JÚNIOR, A; PEREIRA, ESB. Janela para o Futuro ou Porta para o Caos? **Arq Bras Cardiol.**, v. 112, n. 4, p. 461-465, 2019.

SCHMITZ, CAA, *et al.* Teleconsulta: nova fronteira da interação entre médicos e pacientes. **Rev Bras Med Fam Comunidade**, v. 12, n. 39, p. 1- 7, 2017. Disponível em: <https://www.rbmf.org.br/rbmfc/article/view/1540/875>. Acesso em: 07 jul. 2021.

LIMITES DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Bernardo Corrêa de Sousa Pessi*
Felipe Roeder da Silva*

RESUMO: Ao abordar as relações de consumo e suas especificidades, toma-se como foco o exercício do direito/dever de produção de provas, especificamente nas hipóteses de inversão deste ônus, com análise preocupada com seus limites, na medida em que a inversão do ônus da prova que, no direito do consumidor, se presta a compensar um desequilíbrio, não venha a provocar outro.

1 INTRODUÇÃO

As relações de consumo têm merecido destaque entre os grandes assuntos da atualidade, notadamente em relação aos efeitos jurídicos e econômicos que desencadeiam.

Há muito, se propõe a proatividade dos setores legislativos e regulatórios em direção à primazia da proteção do interesse coletivo, onde se encontram os consumidores.

Ainda que normas específicas de direito do consumidor tenham sido incluídas em sistemas legais na Europa mais recentemente, a

* Advogado. Pós-graduado *latu sensu* com especialização em Direito Processual Civil com capacitação para ensino no magistério superior. Secretário Adjunto da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SC.

* Advogado. Pós-graduado *latu sensu* com especialização em Direito Público. Mestrando na Universidade Federal de Santa Catarina. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SC. Membro da 1ª Turma do Tribunal de Ética da OAB/SC.

Constituição Federal brasileira de 1946 já instituía normas de “repressão ao abuso de poder econômico”.¹

Nesse caminho, a Constituição Federal de 1988, reserva lugar em inciso próprio (XXXII), em seu festejado art. 5º, para garantir a defesa do consumidor como um direito fundamental.

Na análise do professor Pedro Lenza, a Carta Magna brasileira cuidou de alçar os consumidores à condição de “titulares de direitos constitucionais fundamentais”.²

Nessas condições é que o Código de Defesa do Consumidor, ao prever a facilitação da defesa dos direitos consumeristas, consagrou a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Há que se ter critérios, no entanto, ao adotar a ferramenta, na medida em que a facilitação dos direitos dos consumidores não torne impossível a argumentação dos fornecedores e prestadores de serviços.

Qualquer sistema legal deve contar com mecanismos que promovam a equidade processual e paridade de armas, considerando a suficiência de cada litigante.

2 DA PROVA NO PROCESSO CÍVEL

A atividade probatória compreende a fase processual que, com frequência, determina o destino do procedimento instaurado entre os litigantes.

O direito à produção da prova decorre de diferentes princípios e normas, consagrados no sistema legal brasileiro, sendo os mais proeminentes os princípios do devido processo legal, contraditório,

¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 694.

² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 695.

ampla defesa e o direito de ação que é inclusive parte integrante do celebrado Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.³

Como regra, não há hierarquia entre os diferentes tipos de prova previstos na lei, cabendo ao magistrado apreciar e valorar livremente o objeto de sua convicção, apondo a devida fundamentação às suas conclusões.⁴

Sob o prisma cível, o Código de Processo Civil determina (art. 373, CPC/15) sobre quem recai a obrigação da produção da prova que, se não observada, deverá gerar os ônus processuais quando do julgamento do feito.⁵

Sobre a produção da prova, além de revelar-se como exercício de direito das partes, trata-se de meio pelo qual a atividade das partes confere legitimidade ao processo.⁶

Ao avançar sobre as relações consumeristas, o Código de Defesa do Consumidor propõe a possibilidade de inversão desse ônus, quando presenciada a verossimilhança das alegações do consumidor, ou sua hipossuficiência, econômica, de dados e/ou de informações.⁷

Não é possível, contudo, que a verossimilhança das alegações seja, por si só, tomada como suficiente para se concluir que determinado fato é ou não verdade, sendo imprescindível o convencimento conciso por parte do magistrado sentenciante.⁸

³ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 469.

⁴ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 470.

⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 483.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 484.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 94.

Isso por que a avaliação judicial das provas busca afirmar a existência ou não da afirmação de um fato, e não da existência ou não do fato em si.⁹

Dentro do espectro da avaliação e valoração das provas, cumpre ainda ao juiz valer-se da presunção, que vai derivar das provas e indícios presentes, como mecanismo de formação de uma convicção.¹⁰

Objetivamente, a presunção é a verificação da existência de um fato, a partir da constatação de outro.¹¹

Por outro lado, isso não significa que ausente o cumprimento do ônus da prova o magistrado deva o presumir aquilo que a parte que carregava o ônus da prova não se desincumbiu de fazer.¹²

A prova, como elemento que comporta diferentes abordagens e interpretações, deve ser cercada pela adoção dos ônus previstos em lei, acompanhada das técnicas de formação do convencimento.

3 DO ÔNUS DA PROVA NAS CAUSAS CONSUMERISTAS

As relações de consumo são caracterizadas usualmente por um polo fornecedor ou prestador de serviço e, portanto, detentor do conhecimento sobre o produto e/ou serviço, face ao polo consumidor, via de regra, leigo sobre as tecnicidades do produto e/ou serviço consumido.

Por essa razão, o Código de Defesa do Consumidor prevê a já citada inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC), a fim de equalizar a capacidade probatória dos litigantes.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 138.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 207.

Neste contexto, para a exata compressão da produção de provas em casos que gravitam em torno de relações consumeristas, torna-se imperiosa a consideração de toda a principiologia da Lei 8078/90, tais como o da vulnerabilidade do consumidor, o da hipossuficiência assim como o plano geral da responsabilização do fornecidos que, em regra, é de natureza objetiva.¹³

Como pressupostos para a inversão do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor exige a constatação da verossimilhança das alegações do consumidor, ou a sua hipossuficiência.¹⁴

Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor já traz dispositivos que distribuem o ônus da prova de forma direta (artigos 12, §3º e 14, §3º), dispensando o consumidor de provar a ocorrência da falha na prestação do serviço ou do produto, sendo então, ônus do fornecer e/ou prestador de serviço, provar que tal falha não ocorreu, o que, por decorrer de expressa previsão legal, não significa inverter o ônus da prova.¹⁵

É evidente a dificuldade de se provar a inoccorrência de um fato, o que não é por si só um impedimento para a procedência da demanda em favor do consumidor, haja vista que o exercício da atividade econômica pressupõe a aceitação dos riscos e dificuldades previstas nas leis de consumo, o que justifica a conclusão favorável ao consumidor, após constatada a verossimilhança de suas alegações ou sua hipossuficiência probatória.¹⁶

Mesma situação é verificada quando a produção da prova recai sobre questão técnica e de dificuldade acentuada, que, por se prestar a esclarecer fato sobre o produto ou serviço prestado, deduz-

¹³ NUNES, Rizatto. **Curso de direito do Consumidor**, 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 860.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 207.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 209.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 210.

se seja de mais fácil alcance ao fornecedor e/ou prestador de serviço que é *expert* no assunto.¹⁷

O próprio art. 373, §1º, §2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015, de forma ampla, faz referência à produção de prova que se revele excessivamente difícil, sendo perfeitamente possível sua aplicabilidade no âmbito consumerista ante a presunção da hipossuficiência probatória do consumidor.

Mesmo diante de convenção entre as partes quanto ao ônus probatório, muito comum em contratos chamados “de adesão”, onde não há margem para negociação de cláusulas, essa convenção deve ser racional, sendo inviável retirar o ônus da prova da parte que está em melhores condições de provar o fato, sob pena de constatar-se grave abusividade.¹⁸

A produção da prova nas causas consumeristas tem características de ordem protetiva, sobretudo em relação as presunções e deduções das alegações feitas em favor dos consumidores.

4 DOS LIMITES DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como corroborado, o instituto da inversão do ônus da prova tem lugar de destaque nas relações consumeristas, notadamente porque costumam-se verificar graves desequilíbrios na capacidade probatória dos litigantes envolvidos.

Importa ressaltar que inversão do ônus da prova é de aplicação conforme o critério do juízo, excetuadas as hipóteses artigos 12, §3º e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, eis que derivam de lei e, portanto, não dependem de avaliação judicial nesse sentido.¹⁹

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 213.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 220.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 292.

É preciso observar, entretanto, que a inversão do ônus da prova, na relação de consumo, não significa facilitação da produção da prova, mas, acima de tudo, a facilitação do convencimento do juiz.²⁰

A inversão do ônus da prova constitui regra de julgamento dirigida ao juiz, devendo ser colocada ainda na fase do saneamento processual.²¹

Sendo caso de inversão do ônus da prova, é imprescindível que se assegure à parte que inicialmente não suportava o ônus invertido, a oportunidade de requerer aquilo de direito ainda na fase instrutória, sendo inviável que a inversão se dê no momento do julgamento da causa.²²

De qualquer modo, a previsão da facilitação da defesa do consumidor por meio da inversão do ônus da prova não significa que este esteja desincumbido de apresentar prova mínima do direito alegado, especificamente a fim de demonstrar a ocorrência de ato ilícito, nexo causal e dano.²³

E, ainda, considerando que a inversão do ônus da prova provoca alteração no “agir processual” das partes, torna-se imperioso considerar que uma demanda não pode ser definida quando restou a uma das partes a obrigação de produzir prova impossível.²⁴

Com efeito, a inversão do ônus da prova não possui aplicação absoluta.²⁵

Ainda que existam devidas presunções e maior proteção dos direitos dos consumidores, ante sua importância alçada à esfera constitucional, isso

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 224.

²¹ **Recurso Especial nº 802832**, de Minas Gerais. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13/04/2011.

²² **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 422778**, de São Paulo. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 29/02/2012.

²³ **Apelação Cível nº 10713070704828/001**, de Minas Gerais. Rel. Des. Marcelo Rodrigues, j. em 21/05/2008.

²⁴ **Recurso Especial nº 720930**, do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 20/10/2009.

²⁵ **Recurso Especial nº 741393**, do Paraná. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22/08/2008.

não pode significar a inviabilização da defesa e do exercício dos direitos processuais dos fornecedores e/ou prestadores de serviços, especialmente porque, em último caso, do ponto de vista extraprocessual, estar-se-ia causando impactos de ordem administrativa e econômica.

É preciso lembrar que o microsistema do direito de consumidor também inclui os fornecedores e prestadores de serviços.

5 CONCLUSÃO

É patente que as relações entre consumidores e fornecedores e/ou prestadores de serviços traz consigo desequilíbrios de diferentes matizes, notadamente do ponto de vista financeiro e técnico.

É nesse contexto que as normas que balizam a produção de provas nessas relações orientam-se pela proteção dos consumidores.

A inversão do ônus da prova, instituto que não é exclusivo do direito do consumidor, apresenta-se como elemento de fundamental importância na busca da defesa desses objetivos.

Ainda assim, é preciso ter séria atenção e preocupação com a banalização do mecanismo, no sentido de, ao se provocar a defesa do consumidor, não se ultrapassar balizas que impeçam o exercício do direito dos fornecedores e/ou prestadores de serviços.

Ainda que se reconheça substancial dificuldade nesta tarefa, especialmente no Brasil, os operadores do direito têm o dever de buscar o equilíbrio nessas relações.

A inversão do ônus da prova não pode ser encarada como um “salvo conduto” para que os consumidores se aventurem contra empresários, protegidos pela presunção de que terão sucesso judicial em tudo que fizerem.

O direito do consumidor, protegido pela constituição, não se destina exclusivamente a proteção dos consumidores, mas, a grosso modo, à defesa das relações econômicas e sociais a que todos estamos sujeitos, afinal, empresários também são consumidores.

REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizatto. **Curso de direito do Consumidor**, 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

3. Qualidade de produtos e serviços, prevenção e reparação de danos aos consumidores

GARANTIA LEGAL E GARANTIA CONTRATUAL. DESTAQUE À LIVRE CONCORRÊNCIA DO MERCADO DE CONSUMO E O DIREITO PRECEDENTE DO FABRICANTE DE PROMOVER REPAROS EM CASO DE VÍCIO DE QUALIDADE. DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Fabrizio Bordallo*

Bernardo Mendes*

1 DA ESTIPULAÇÃO DE TODOS OS PRAZOS DECADENCIAIS ESTABELECIDOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). DA GARANTIA LEGAL.

O Lei nº. 8.078/90, comumente conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), trouxe diversas regulamentações funcionais e eficazes para a relação fornecedor-consumidor.

* Advogado, Administrador, inscrito na OAB/PA sob o nº. 8.697, com 20 (anos) anos de atuação e experiência profissional. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito do Consumidor pela Faculdade de Belém – FABEL; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade da Amazônia – UNAMA; Doutorando em Administração pela Universidade de La Empresa (Montevideú). Professor de Direito Empresarial, atualmente na Faculdade de Belém – FABEL (já foi professor da disciplina nas instituições: Universidade da Amazônia – UNAMA; Centro Universitário do Pará – CESUPA; FACULDADE IDEAL – FACI).

* Advogado, inscrito na OAB/PA sob o nº. 14.815, com mais de 10 (dez) anos de atuação e experiência profissional. Doutor em Direito. Palestrante e Consultor Jurídico. Pós-graduado em Direito do Consumidor pelo Instituto Jamil Sales/PA. MBA em Direito Civil e Processual Civil pela FGV/RJ. Mediador Extrajudicial. Membro do Conselho de Usuários da ANATEL (Subsídio TIM BRASIL). Professor convidado junto a Escola Superior da Advocacia (ESA/PA) e Instituto Jamil Sales/PA. Coordenador Acadêmico do Curso de Atualização em Direito do Consumidor (ESA/PA em junho/2018, Junho/2019 e Agosto/2020). Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor (OAB/PA) desde Abril/2018. Coautor do Livro “Estudos de Direito do Consumidor” (lançado 04/out/2018 em SP).

A legislação referênciada e eficaz na manutenção de melhor equilíbrio às relações de consumo, quando promulgada há 31 (trinta e um) anos, conferia a aplicação de balizas e regras que antes inexistiam à relação de consumo, relegando o consumidor não ao descaso, mas à mercê de produtos e serviços ofertados sem cumprimento a regras mínimas de qualidade e atendimento à satisfação do interesse do próprio consumidor.

Nessa perspectiva, uma das atribuições mais relevantes do CDC é concernente aos prazos de garantia mínima que devam ser oferecidos para os casos de dois grandes grupos de produtos ofertados, quais sejam: <i> Produtos duráveis e; <ii> Produtos não-duráveis.

Em cumprimento às cominações do artigo 26 do CDC, todos os consumidores devem exercer reclamações no prazo decadencial de 30 (trinta) dias para o caso de produtos e serviços não duráveis e 90 (noventa) dias para o caso de produtos e serviços duráveis.

Noutros termos, deve-se dar atenção especial aos prazos estipulados no CDC para que o consumidor “*faça valer os seus direitos*” e possa obter a troca do produto; a restituição do valor pago; ou até mesmo o abatimento proporcional em relação a outro produto ou serviço.

Neste sentido, destaca-se que ao consumidor não é conferido o *direito ao arrependimento*. Isso quer dizer que o consumidor que adquire um produto e tenha feito essa aquisição em contato direto com o objeto de sua escolha, não poderá se arrepender de sua compra.

Muitos consumidores alegam, por exemplo, que o produto de sua escolha não serve para o fim almejado e pretendem trocá-lo junto a loja de aquisição, sem que o produto tenha apresentado alguma impropriedade que o inutilize para o consumo (vício ou defeito).

Neste caso não assiste direito ao consumidor, a não ser que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorra fora do estabelecimento comercial, conforme estabelece o artigo 49 do CDC. Sendo que o consumidor deve exercer tal direito, sem qualquer justificativa, no prazo de 07 (sete) dias contados da data de recebimento do produto ou serviço.

Neste caso em específico, as práticas reiteradas de fidelização de consumidor, torna comum e até como se direito adquirido fosse, a troca de produtos em perfeito estado de fabricação, conservação e utilização, utensílios de vestuário (trocas de peças de roupas), por exemplo, como ato de fidelização do consumidor, sem qualquer remissão ao artigo 49 do CDC.

De outra banda, dois outros prazos estão definidos no CDC para os casos de reclamação de vícios constatados no produto ou serviço contratado, quais sejam, 30 (trinta) e 90 (noventa) dias, conforme estabelece o artigo 26 do CDC:

“Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis”.

O consumidor que tenha contratado um produto ou serviço não-durável (tais como roupa, calçados, alimentos e etc.), pode reclamar dos vícios apresentados em até 30 (trinta) dias contados da data de entrega do produto ou serviço.

Por sua vez, aquele consumidor que tenha contratado um produto ou serviço durável (tais como automóveis, eletrodomésticos, computadores e etc.), pode reclamar dos vícios apresentados em até 90 (noventa) dias contados da data de entrega do produto ou serviço.

Atente-se que os prazos de garantia legal (30 e 90 dias) conforme disposto anteriormente não fluem durante o prazo de garantia contratual do produto de consumo. Noutros termos, se o consumidor adquire um veículo que possui garantia contratual de 5 (cinco) anos, por exemplo, os vícios que inutilizem aquele veículo terão a garantia contratual de 5 (cinco) anos mais a garantia legal de 90 (noventa) dias.

Logo, dúvidas não devem persistir com relação aos prazos estipulados no CDC, não devendo o consumidor acreditar que tem o direito de trocar o produto sem motivo justificado, nem as empresas/fornecedoras/fabricantes, principalmente os comerciantes, se sentirem obrigados a efetuar trocas, por exemplo, sem que o produto esteja inadequado ao consumo.

Em último plano, deve-se destacar que regularmente a relação fornecedor-consumidor se reveste com três figuras, a do fabricante do produto, a do comerciante de tal produto e, finalmente a do consumidor.

Apesar do CDC estabelecer que os fabricantes e os comerciantes – que nada mais são do que os fornecedores – respondem igualmente pelos vícios apresentados no produto ou serviço contratado pelo consumidor, este deve atentar para formar sua reclamação principalmente em relação ao fabricante do produto.

Isto porque o comerciante do produto ou serviço somente será responsabilizado quando o fabricante, via de regra, não puder ser identificado.

Assim, vale a recomendação de que o consumidor sempre busque facilitar os seus direitos formulando reclamações e pretensões prioritariamente em relação à fabricante, visto que comerciantes poderão se eximir de tal responsabilidade sempre que o fabricante puder ser identificado pela embalagem do produto, por exemplo, tudo com base no mesmo CDC, notadamente no artigo 13.

Dessa maneira, deve ficar claro que o consumidor não pode utilizar o CDC como um instrumento de desequilíbrio em seu favor unicamente. Deve utilizá-lo de maneira correta, invocando seus direitos e prerrogativas de maneira fundamentada, sem impor responsabilidades exageradas.

2 DESTAQUE À LIVRE CONCORRÊNCIA DO MERCADO DE CONSUMO E O DIREITO PRECEDENTE DO FABRICANTE DE PROMOVER REPAROS EM CASO DE VÍCIO DE QUALIDADE. DA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A partir do momento que se identificam os prazos conferidos pelo CDC, é possível identificar também que o mercado de consumo, mediante aplicação das regras de demanda e de oferta, fomentam a livre concorrência ao ponto de permitir que aos consumidores sejam ofertados produtos com garantia contratuais com prazos superiores ao piso legal de 90 (noventa) dias, por exemplo.

Ora, não é incomum encontrar consumidores que adquirem veículos de fabricação japonesa, por exemplo, cujo prazo de garantia mantido pela fabricante/montadora é de 5 (cinco) anos, por exemplo, deflagrando benefícios da livre concorrência atinente ao mercado de consumo.

Destaca-se que a livre concorrência está correlacionada com o princípio da livre iniciativa, ou seja, quando se está diante de um mercado competitivo, os empresários que estejam atuantes com suas atividades, podem perfeitamente utilizar todos os recursos lícitos para que desenvolvam da melhor maneira possível sua atividade econômica. Desta feita, a concorrência permite que o mercado se mantenha com aqueles que são os mais capacitados para fornecer produtos e serviços diferenciados à clientela.

Uma fabricante ou montadora de veículos que oferta seu produto com garantia contratual de 5 (cinco) anos, obviamente que ela se tornará mais atraente do que sua concorrente que não oferta seus veículos com esse *plus*.

José Afonso da Silva (1998, p. 876), nos diz que:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. **Ele é uma**

manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

Nesse sentido, por se tratar de garantia contratual, obviamente que a fabricante/montadora pode imputar e impor ao consumidor o cumprimento de regras para a manutenção da garantia contratual, e isso não traz consigo nenhum viés de obrigação iníqua ou de abusividade.

Ocorre que todos os produtos produzidos em série podem sofrer qualquer tipo de inadequação, qualquer tipo de vício que o torne impróprio ao fim ao qual ele foi adquirido, caracterizando, dessa forma, vício de qualidade.

Produtos, bens ou serviços que estejam impróprios ao fim ao qual foram adquiridos, restando caracterizado vício de qualidade, aplicam-se as capitulações do artigo 18 do CDC, o qual segue transcrito:

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço”.

Em caso de vícios de qualidade, a legislação de consumo é assente e não confere margem para dúvidas, ao fornecedor é conferido o direito precedente de reparar os vícios no prazo de 30 (trinta) dias.

E assim estabelece e orienta o STJ pois, “*Não há no CDC norma cogente que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal de 30 dias. A troca imediata do produto viciado, portanto, (...), não é imposta ao fornecedor*” (REsp 991985/PR).

E o STJ continua: “*A exegese do dispositivo é clara. Constatado o defeito, concede-se ao fornecedor a oportunidade de sanar o vício no prazo máximo de trinta dias. Não sendo reparado o vício, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC*” (REsp 991985/PR).

Dessa forma, não está permitido ao consumidor exigir que o fornecedor lhe confira a troca do produto com vício de qualidade, sem o que direito precedente de reparação das partes viciadas seja atingido, pois, em sentido contrário, estar-se-á diante de ditadura do consumidor, a qual poderá conferir violação frontal à livre iniciativa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao que fora exposto, importante erigir, com remissão em capítulos, a importância da livre concorrência ao mercado de consumo, conferindo benefícios ao consumidor, sem, contudo, impor sobrecarga à atuação empresarial quando se identificar vício de qualidade que torne o produto ou serviço impróprio ao fim ao qual ele foi comprado.

Destacam-se três principais ingerências relacionadas à livre concorrência e o direito precedente do fornecedor em caso de vícios de qualidade do produto ou serviço:

<i> Se nos questionarmos qual elemento é fulcral à manutenção do *capitalismo* como modelo econômico vigente e hegemônico no globo, chegaremos à conclusão que o consumo assume a posição

como tal elemento. Diante disso, quanto mais efervescente, mais fomentado estiver o *consumo*, quanto maior e mais numerosa for a interação entre os membros integrantes da sociedade a partir do consumo, maior e melhor será a manutenção do capitalismo. Por isso e notadamente por isso, a proteção estatal e mirada de atuação deve ser voltada ao consumo como um todo, o que engloba proteção, obviamente, a todos os seus partícipes, inclusive o fornecedor de produtos ou serviços;

<ii> O consumo, quando muito bem fomentado e efervescente, propicia sempre um incremento da livre concorrência, ao ponto de serem identificados benefícios e atrativos ao consumidor para além das balizas mínimas estabelecidas em lei, como, por exemplo, a oferta de veículos com garantia contratual (extralegal) de 5 (cinco) anos, quando o CDC estabelece como piso legal o tempo de apenas 90 (noventa) dias;

<iii> Por último, mas não menos importante, não se pode manejar os instrumentos e cominações do CDC em atenção única ao consumidor, pois a relação de consumo em si traz consigo partícipes que lhe são vitais e devem também sofrer a aplicação correta do CDC.

Por derradeiro e em relação a esta última ingerência, os fornecedores possuem direito precedente de reparar os vícios de qualidade dos produtos, não havendo no CDC imposição alguma de que, sob o pálio de vício de qualidade existente, o consumidor possa exigir a troca do produto por outro novo, em aplicação equivocada e exacerbada do artigo 18, parág. 1º.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. M. Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 2. Ed. Rio de Janeiro, 2002.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito**, vol. II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRANDÃO, C. R. C. A integralidade das astreintes e o estado de direito. **Juris Plenum**, v. 10, p. 89-98, 2014.

BRANDÃO, C. R. C. Os Contratos de Consumo no Comércio Eletrônico Internacional. **Juris Plenum**, v. 7, p. 63-73, 2011.

BRANDÃO, C. R. C. O abuso de direito frente à finalidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). **Boletim Jurídico**, Uberaba, v. 263, p. 1954, 2008.

BRANDÃO, C. R. C. O Abuso de Direito nas Relações de Consumo: Uma outra perspectiva quanto à finalidade da Lei 8.078/90. **Juris Plenum**, v. 1, p. 95, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MENDES, Bernardo, Estudos de Direito do Consumidor. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

PARIZATTO, João Roberto. **Prática Forense no Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Parizatto, 2010.

A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL E A CRESCENTE SUPERAÇÃO DA TESE DO “MERO ABORRECIMENTO”

Marcos Dessaune*

RESUMO: O artigo examina a ampliação do conceito de dano moral nos últimos anos, o que permite o reconhecimento de novas categorias de danos extrapatrimoniais e a reparação autônoma de mais de uma espécie deles. Também analisa a crescente superação da tese do “mero aborrecimento” a partir da *Teoria do Desvio Produtivo*, que identificou e valorizou o tempo do consumidor como um bem juridicamente tutelado.

1 INTRODUÇÃO

A partir de 2009, com o estabelecimento de metas de produtividade para o Poder Judiciário, os tribunais desenvolveram uma jurisprudência defensiva para evitar a multiplicação de processos.¹ Essa jurisprudência ficou conhecida como do “mero aborrecimento” por afirmar que só deve ser reputado como dano moral a dor, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico da pessoa. Mero dissabor ou aborrecimento estão fora da órbita do dano moral.

* Autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, do Código de Atendimento ao Consumidor / Customer Service Code e das Histórias de um Superconsumidor. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e diplomado em Business pela Indiana University. Aperfeiçoado em Qualidade de Atendimento ao Cliente pela Disney University e pela Fundação Getúlio Vargas. Treinado em Resolução de Conflitos Administrativos pelo Ombudsman Federal da Bélgica e pelo Provedor de Justiça de Portugal. Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB e do Instituto Brasilcon. Advogado, consultor, palestrante.

¹ Cf. BARRETO, Miguel. **A indústria do mero aborrecimento**. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2016. *passim*.

Embora superado pela doutrina mais recente, tal conceito continuou a ser reproduzido indiscriminadamente no Direito brasileiro, a ponto de se falar numa “tradicional confusão” entre danos extrapatrimoniais e morais presente em quase todos os autores reputados como clássicos na matéria.²

Diante dessa compreensão doutrinário-jurisprudencial e da necessidade de se conferir efetividade ao princípio da reparação integral – reconhecendo-se novas categorias de danos extrapatrimoniais e permitindo-se a reparação autônoma de mais de uma espécie deles –, foi necessário ampliar o conceito de dano moral e superar a tese do “mero aborrecimento”.

2 A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DANO MORAL

Em sua obra *A indústria do mero aborrecimento*, Miguel Barreto³ registra que a Emenda Constitucional 45, que foi promulgada em 2004, reformou o Poder Judiciário e criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em 2009, o CNJ implantou metas de produtividade para o Poder Judiciário, especialmente para reduzir o acervo de processos existentes bem como para que fossem julgados mais processos do que os distribuídos a cada ano.

Barreto acrescenta que, objetivando evitar a multiplicação de processos, os tribunais brasileiros criaram então uma “jurisprudência defensiva”, ora para negar indenizações por danos morais ora para reduzir seu valor, de modo a desestimular novas ações. O autor faz a distinção da jurisprudência defensiva processual, centrada num exame formal rigoroso dos requisitos de admissibilidade dos recursos, da jurisprudência defensiva material, focada na rejeição do mérito das ações ou na redução dos valores das reparações.

² Cf. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 591.

³ BARRETO, 2016, p. 27-45.

Nesse contexto surgiu a chamada tese do “mero aborrecimento”, que fundamenta a jurisprudência defensiva material que pode ser resumida neste julgado de 2009 do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

[...] Segundo a doutrina pátria “só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” [...] (STJ, REsp 844736/DF, j. 27-10-2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. conv. Honildo Amaral de Mello Castro).

Esse entendimento reverbera um conceito já ultrapassado de dano moral, cujo grande expoente no Brasil é o professor Sergio Cavaliere Filho. O autor outrora defendia que, se não fosse essa a compreensão do instituto, o dano moral acabaria banalizado, dando ensejo a ações judiciais “em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos” da vida.⁴

Embora já esteja superado pela doutrina mais recente e pelo próprio autor que atualizou o seu entendimento, tal conceito anacrônico continuou a ser reproduzido indiscriminadamente no Direito brasileiro. Nesse sentido Fernando Noronha adverte, até mesmo, que existe uma “tradicional confusão entre danos extrapatrimoniais e morais [...] presente em praticamente todos os autores justamente reputados como clássicos nesta matéria, desde Aguiar Dias até Carlos Alberto Bittar e Yussef S. Cahali”.⁵

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84.

⁵ NORONHA, 2013, p. 591.

Em face dessa situação, Francisco Amaral⁶ explica que dano extrapatrimonial é aquele que decorre da lesão a bem jurídico que não integra o patrimônio da pessoa, sendo no Brasil chamado de “dano moral”. Paulo de Tarso Sanseverino⁷ reforça que no direito brasileiro, à exceção do dano estético que adquiriu relativa autonomia, os prejuízos sem conteúdo econômico têm sido abrangidos pela “denominação genérica de dano moral”.

Lançando luz sobre a problemática, Lucas Barroso e Eini Dias⁸ esclarecem que, em sentido estrito, o dano moral é sinônimo do dano anímico, configurando-se na lesão que causa dor ou sofrimento anímico sem provocar um estado patológico no espírito. Os autores, entretanto, distinguem-no do dano psíquico que, no seu entender, implica o desenvolvimento de transtornos psíquicos de ordem patológica, sendo o resultado de uma lesão à integridade psicofísica da pessoa. Para Barroso e Dias, mesmo nas situações em que o dano moral (anímico) provoca uma patologia psíquica, não se pode confundir o dano anímico com o dano psíquico. E concluem que, apesar de a expressão “danos morais” ser normalmente utilizada para designar a lesão aos direitos extrapatrimoniais, os danos morais em sentido estrito apenas alcançam os denominados danos anímicos, não cabendo, portanto, reduzir a ideia da reparação extrapatrimonial exclusivamente à figura desse dano moral tradicional.

Em obra recente, Flávio Tartuce⁹ salienta que, atualmente, há duas correntes doutrinárias sobre o dano moral. A primeira, que segundo o autor é majoritária e à qual ele se filia, “relaciona os danos morais às lesões aos direitos da personalidade”, ao passo que a segunda vê “o dano moral como lesão à cláusula geral de tutela da pessoa humana”.

⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. rev. e modif. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 956-957.

⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. **Princípio da reparação integral**: indenização no código civil. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189.

⁸ BARROSO, Lucas A.; DIAS, Eini R. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 94, 2014. *passim*.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 427.

A Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, proferiu decisão emblemática consagrando as duas correntes doutrinárias hodiernas do dano moral, inclusive sua desvinculação de eventuais consequências emocionais da lesão. O julgamento unânime ocorreu em 17-03-2015 no Recurso Especial 1.245.550/MG, nestas palavras:

A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.

O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.

Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade (STJ, REsp 1.245.550/MG, j. 17-03-2015, v.u., Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

Francisco Amaral¹⁰ sintetiza a melhor doutrina sustentando que “o direito brasileiro considera dano moral o que decorre da lesão de bem jurídico não patrimonial, compreendendo os bens objeto dos direitos da personalidade, os direitos políticos e sociais, e os direitos ou situações jurídicas de família”. Segundo o autor, “o dano moral ou extrapatrimonial compreende, portanto, o dano resultante da lesão de

¹⁰ AMARAL, 2018, p. 957.

direitos extrapatrimoniais da pessoa, como são os direitos subjetivos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e também direito à saúde, este um direito social, e ainda os direitos políticos, sociais e de família.”

A fim de compatibilizar o entendimento doutrinário-jurisprudencial anterior com a necessidade de se conferir efetividade ao princípio da reparação integral, é preciso que se reconheçam novas categorias de danos extrapatrimoniais para além da esfera anímica da pessoa e, ao mesmo tempo, que se permita a reparação autônoma de mais de uma espécie deles oriunda do mesmo evento danoso.¹¹ Desse modo os danos extrapatrimoniais, por serem tradicionalmente chamados no Brasil de “danos morais”, podem ser assim identificados e classificados com base no bem jurídico lesado: dano moral *lato sensu* e dano moral *stricto sensu*.

O dano moral *lato sensu* (ou em sentido amplo), enquanto gênero que corresponde ao dano extrapatrimonial, é o prejuízo não econômico que decorre da lesão a bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, abrangendo os bens objeto dos direitos da personalidade, ao passo que o dano moral *stricto sensu* (ou em sentido estrito), enquanto espécie de dano extrapatrimonial que corresponde ao dano moral *lato sensu*, é o prejuízo não econômico que decorre da lesão à integridade psicofísica da pessoa – cujo resultado geralmente são sentimentos negativos como a dor e o sofrimento.

3 A CRESCENTE SUPERAÇÃO DA TESE DO “MERO ABORRECIMENTO”

Ao estudar a problemática na *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*¹² – que identificou e valorizou o tempo do consumidor como um bem jurídico –, percebi que não se sustentava a compreensão jurisprudencial de que a *via crucis* enfrentada pelo

¹¹ BARROSO; DIAS, 2014, p. 93-94.

¹² DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. *passim*.

consumidor, diante de um problema de consumo criado pelo próprio fornecedor, representaria “mero dissabor ou aborrecimento”, e não algum dano indenizável.

Os substantivos “dissabor” e “aborrecimento” traduzem um sentimento negativo qualificado pelo adjetivo “mero”, que significa simples, comum, trivial. Em outras palavras, a jurisprudência baseada na tese do “mero aborrecimento” está implicitamente afirmando que, em determinada situação, houve lesão à integridade psicofísica de alguém apta a gerar um sentimento negativo (“dissabor” ou “aborrecimento”). Porém, segundo se infere dessa mesma jurisprudência, tal sentimento é trivial ou sem importância (“mero”), portanto incapaz de romper o equilíbrio psicológico da pessoa e, conseqüentemente, de configurar o dano moral reparável.

Com efeito, essa jurisprudência tradicional revela um raciocínio erigido sobre bases equivocadas que, naturalmente, conduzem a essa conclusão errônea. O primeiro equívoco é que o conceito de dano moral enfatizaria as conseqüências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era essencialmente a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psíquico, e se tornou a lesão a qualquer bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, abrangendo os bens objeto dos direitos da personalidade. O segundo (equívoco) é que, nos eventos de desvio produtivo, o principal bem jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são a sua liberdade, o seu tempo vital e as atividades existenciais que cada pessoa escolhe nele realizar – como trabalho, estudo, descanso, lazer, convívio social e familiar. O terceiro (equívoco) é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra protegido tanto no rol aberto dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida. Por conseqüente o lógico é concluir que os eventos de desvio produtivo do consumidor acarretam, no mínimo, dano moral *lato sensu* compensável.

Ocorre que o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida, enquanto direito fundamental,

constitui-se das próprias atividades existenciais que cada um escolhe nela realizar. Logo um evento de desvio produtivo traz como resultado um dano que, mais do que moral, é existencial pela alteração prejudicial do cotidiano e do projeto de vida do consumidor.¹³

Com a disseminação da nova *Teoria* a partir de 2012, os tribunais brasileiros progressivamente passaram a adotá-la e a aplicá-la, iniciando assim um processo de gradual transformação daquela jurisprudência lastreada na tese do “mero aborrecimento”. Até então e em grande medida, tal jurisprudência defensiva não reconhecia a existência de danos extrapatrimoniais (morais *lato sensu*) em situações em que eles estavam claramente presentes, sob o argumento de ter ocorrido um “mero aborrecimento” do cotidiano no caso concreto.

O ápice da alteração da jurisprudência em análise ocorreu em 17-12-2018, quando o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) cancelou, por unanimidade de votos, após provocação da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro (OAB/RJ), o enunciado da Súmula 75 que havia sido criada em 2004 e ficara conhecida como a “súmula do mero aborrecimento”. Tanto o pedido da OAB/RJ quanto a decisão do TJRJ foram fundamentados na *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*.¹⁴

A referida decisão ocorreu no Processo Administrativo 0056716-18.2018.8.19.0000, cujo acórdão relatado pelo Des. Mauro Pereira Martins consagrou o seguinte entendimento em sua ementa: “Julgados desta Corte de Justiça que, desde os idos de 2009, trazem dentre os direitos da personalidade o tempo do contratante, que não pode ser desperdiçado inutilmente, tomando por base a moderna *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Súmula que não mais se coaduna com o entendimento adotado por este Sodalício”.

¹³ ALMEIDA NETO, Amaro A. de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, v. 6, n. 24, São Paulo, RT, out.-dez. 2005. *passim*.

¹⁴ CONJUR. **Órgão Especial TJ do Rio de Janeiro cancela "súmula do mero aborrecimento"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/orgao-especial-tj-rio-cancela-sumula-mero-aborrecimento>. Acesso em: 09 jun. 2021.

4 CONCLUSÕES

O conceito de dano moral ampliou-se ao longo dos anos, partindo da noção de dor e sofrimento anímico para alcançar, atualmente, o prejuízo não econômico decorrente da lesão a bem extrapatrimonial juridicamente tutelado, compreendendo os bens objeto dos direitos da personalidade – como o tempo da pessoa humana. Essa ampliação conceitual vem permitindo o reconhecimento de novas categorias de danos extrapatrimoniais para além da esfera anímica da pessoa – como o dano temporal, o dano existencial, etc. –, bem como a reparação autônoma de mais de uma espécie deles originária do mesmo evento danoso.

A *Teoria do Desvio Produtivo* promoveu a ressignificação e a valorização do tempo vital do consumidor – elevando-o à categoria de um bem jurídico –, vem possibilitando a crescente superação da jurisprudência baseada na tese do “mero aborrecimento” – que fora construída sobre bases equivocadas –, contribuiu para a ampliação do conceito de dano moral – apontando esse tempo como um bem extrapatrimonial juridicamente tutelado – e ensejou o surgimento de uma nova jurisprudência brasileira – a do “desvio produtivo do consumidor”.

Conforme pesquisa quantitativa de jurisprudência que realizei em 15-06-2021, até então a expressão exata e inequívoca “desvio produtivo” já havia sido citada em 19.827 acórdãos dos 27 tribunais estaduais e do Distrito Federal, em 92 acórdãos dos cinco tribunais regionais federais, em 86 decisões monocráticas do STJ e no REsp 1.737.412/SE da sua Terceira Turma. A tese consumerista também já foi aplicada, por analogia, ao Direito Administrativo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Tribunal Regional Federal da 2ª região, bem como ao Direito do Trabalho pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª

região, cuja utilização na esfera juslaboral foi posteriormente confirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho.¹⁵

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro A. de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, v. 6, n. 24, São Paulo, RT, out.-dez. 2005.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. rev. e modif. S.Paulo: Saraiva, 2018.

BARRETO, Miguel. **A indústria do mero aborrecimento**. 2. ed. Juiz de Fora: Editar, 2016.

BARROSO, Lucas A.; DIAS, Eini R. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 94, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

¹⁵ CONJUR. **Teoria do desvio produtivo pode ser aplicada em casos trabalhistas, decide TST**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-03/tst-confirma-aplicacao-teoria-desvio-produtivo>. Acesso em: 09 jun. 2021.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. **Princípio da reparação integral: indenização no código civil**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RISCO DO DESENVOLVIMENTO E REPARAÇÃO DE DANOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Luis Miguel Barudi*

RESUMO: O presente artigo aborda a teoria do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor por defeitos do produto ou serviço. A problemática enfrentada diz respeito aos diversos posicionamentos doutrinários sobre o assunto e também a divergência jurisprudencial. Como resultado, apresenta o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça em atenção aos princípios orientadores do sistema de proteção das relações de consumo.

Palavras-chave: Risco do desenvolvimento. Responsabilidade civil. Relações de consumo.

1 INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta trata da recepção ou não da teoria do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil dos fornecedores no âmbito do microssistema de proteção das relações de consumo. Para os objetivos da presente análise, considera-se o fornecedor-fabricante, conforme conceito trazido pelo art. 3º e art. 12, do Código de Defesa do Consumidor.

O problema encontrado surge da divergência doutrinária existente acerca da possibilidade de aplicação do risco do

* Advogado, professor universitário, Coordenador de Pós-Graduação do Centro Universitário Dinâmica das Cataratas – UDC, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Doutor pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Vice-presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB Paraná – Subseção de Foz do Iguaçu. Endereço eletrônico: luismiguel@advogadosbbs.com.

desenvolvimento ante a ausência de previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor.

O objetivo geral é apresentar um panorama dos posicionamentos de diversos autores sobre o assunto e sua comparação com o posicionamento jurisprudencial, tendo como paradigma a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1774372/RS, publicada em 18/05/2021.

Em sede de considerações finais, o resultado que se apresenta é a necessidade de aplicação do risco do desenvolvimento de forma mitigada, em conformidade com as especificidades de cada caso concreto, especialmente quando se tratar da proteção da vida e dignidade dos consumidores.

2 TEORIA DO RISCO DE DESENVOLVIMENTO: posicionamento doutrinário

Segundo Marcelo Calixto¹, os *riscos do desenvolvimento* são aqueles que não são conhecidos pelas ciências quando da colocação do produto no mercado, vindo a ser descobertos posteriormente, após a utilização do produto e diante dos avanços científicos.

A partir dessa premissa e da análise do Código de Defesa do Consumidor em seu inciso III do § 1º art. 12, tem-se que, para determinar se um produto é ou não defeituoso, deve ser considerada “a época em que foi colocado em circulação” e, a partir da fixação dessa data, poderá o fornecedor ter excluída sua responsabilidade. Como se verifica, não há previsão expressa sobre a aceitação dessa teoria quanto às relações de consumo. O CDC não inclui o risco de desenvolvimento dentre as excludentes expressas nos artigos 12 e 14. A única ressalva, que pode ser entendida como adoção da teoria encontra-se no art. 10, que determina

¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

que o fornecedor não pode disponibilizar para consumo produto que sabe *ou deveria saber* apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores.

Tendo como premissa os dispositivos do CDC, diversos são os posicionamentos doutrinários quanto à possibilidade de exclusão de responsabilidade dos fornecedores pelo risco de desenvolvimento, bem como sob qual fundamento se defendem esses posicionamentos.

Defendendo a exclusão de responsabilidade têm-se os argumentos de James Marins², que afirma ser lícito ao fornecedor inserir no mercado um produto que, à luz da ciência e da técnica da época, não se saiba nem se poderia saber perigosos para os consumidores. Diante desse contexto específico, não se pode dizer que o risco de desenvolvimento seja um defeito de criação, produção ou informação, sendo esse enquadramento indispensável para assunção da responsabilidade civil pelo fornecedor. Assim, se posiciona o autor pela excludente de responsabilidade por ser considerado como *defeito juridicamente irrelevante*, insuscetível de impor a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto.

Com posicionamento semelhante encontra-se Gustavo Tepedino³, para quem no risco de desenvolvimento não existe defeito por inexistir frustração das expectativas do consumidor em face dos conhecimentos atuais, sendo que não se pode esperar alguma coisa da qual não se tem conhecimento.

Em sentido contrário, defendendo a inexistência da excludente de responsabilidade civil com base no risco de desenvolvimento cite-se a

² MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1993, p. 135.

³ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, vol. 02, 2000, p. 65-70.

posição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin⁴ segundo a qual os defeitos decorrentes do risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero *defeitos de concepção*. Dessa forma, mesmo que o fornecedor obtenha êxito em comprovar que naquele momento desconhecia o potencial danoso do produto, ainda persistirá seu dever de indenizar considerando que ao fabricá-lo assumiu todos os seus riscos. Ademais, afirma o autor que o conhecimento científico a ser considerado é o da comunidade científica em geral, em determinado momento histórico.

Com fundamento diverso, mas seguindo o entendimento de que não se aplica a excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento posiciona-se Roberto Senise Lisboa⁵, para quem a segurança do consumidor como destinatário final do produto ou serviço é bem jurídico que se sobrepõe à livre iniciativa da atividade empresarial, não sendo admitida a transferência dos riscos ao consumidor pela exoneração do fornecedor sob justificativa econômica. Afirma ainda que o CDC não expressa o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade nem deixa de considerar defeituosos os produtos e serviços pelos seus efeitos futuros sobre o organismo humano.

Marcelo Junqueira Calixto⁶ se posiciona pela responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento com base na adoção da responsabilidade objetiva pelo CDC, considerando a existência de defeito do produto ou serviço se enquadra ao disposto no código, mesmo que o defeito ou dano só venha a ser conhecido em momento posterior ao da inserção no mercado de consumo, advento de avanço científico. Afirma o autor que o fundamento último da imposição da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento é

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. *In: Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67-69.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001, p. 248-250.

⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

a proteção da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal, sendo que a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, bem como a reparação dos danos a este causados são consequência daquele valor constitucional.

Como afirma Ingo Sarlet⁷, percebe-se no posicionamento doutrinário e na jurisprudência um crescente consenso no que respeita à justiciabilidade da dimensão negativa dos direitos sociais em geral e da possibilidade de exigir judicialmente a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal maneira que a dignidade da pessoa humana, em especial quando conectada ao direito à vida, assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto.

3 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema em questão, em maio de 2020 o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 3ª Turma, julgou o Recurso Especial 1774372/RS⁸, afastando a aplicação da teoria do risco do desenvolvimento no caso em que uma consumidora fez uso de medicamento para tratamento do Mal de Parkinson e acabou acometida por uma compulsão por jogos de azar, sendo esse efeito colateral de conhecimento do laboratório fornecedor após a disponibilização do produto no mercado. O voto condutor, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi aborda o tema com clareza, trazendo fundamentos doutrinários irreparáveis na sua fundamentação.

Assim se manifesta a Eminente Relatora:

No particular, é fato incontroverso nos autos que o jogo patológico foi reconhecido como um dos efeitos colaterais causados pelo uso do medicamento SIFROL, de fabricação do laboratório.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

⁸ Disponível em: <https://encurtador.com.br/gAHS6>. Acesso em: 08 jul. 2021.

Chama a atenção, por sinal, que, segundo o acórdão recorrido, “quando a parte autora passou a fazer uso do SIFROL, o laboratório reconheceu que não constava na bula do remédio a possibilidade de dependência compulsiva por jogos” (fl. 3.667, e-STJ), o que só veio a acontecer posteriormente, circunstância essa, frise-se, que não pode ser reexaminada na via do recurso especial por incidência do óbice da súmula 7/STJ. 32.

[...]

Ainda que se pudesse cogitar de risco do desenvolvimento, entendido como aquele que não podia ser conhecido ou evitado no momento em que o medicamento foi colocado em circulação, tratar-se-ia de defeito existente desde o momento da concepção do produto, embora não perceptível *a priori*, caracterizando, pois, hipótese de fortuito interno.

Por todo o exposto, seja com base na falha do dever de informar, seja com base no risco do desenvolvimento, não merece reparo o acórdão recorrido no que tange à imputação de responsabilidade objetiva ao laboratório pelo acidente de consumo sofrido pela paciente.

O acórdão em comento traz efetivamente um norte para a interpretação jurisprudencial do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade, analisando as circunstâncias do caso concreto e, assim, mitigando sua aplicação.

Note-se, ainda, a análise sistêmica dos princípios orientadores do sistema de proteção das relações de consumo, em especial, o dever de informação, o princípio da segurança e adequação, a responsabilidade do fornecedor e o risco do desenvolvimento. Nesse sentido, a decisão se funda na falha do fornecedor em seu dever de informar, impossibilitando a consumidora de antever eventuais efeitos negativos da medicação e tolhendo a possibilidade de manifestação consciente de vontade.

Como pano de fundo surgem a vulnerabilidade do consumidor e a legítima expectativa quanto à qualidade e segurança do produto, que servem de balizadores para o princípio da proteção à vida e à dignidade, corolário constitucional que se insere também na proteção do consumidor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se apresentou no presente escrito, percebe-se a discordância doutrinária acerca da recepção da teoria do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor.

Partindo das premissas constitucionais de proteção à vida e à dignidade humana, bem como pela principiologia adotada pelo microsistema de proteção das relações de consumo, com o ideário da proteção integral, da responsabilidade objetiva do fornecedor e os deveres de informação, segurança e adequação dos produtos e serviços disponibilizados no mercado consumidor, entende-se que o posicionamento mais adequado é o da mitigação da aplicação do risco do desenvolvimento.

Essa mitigação deve seguir os preceitos da aplicação conforme a Constituição e da harmonia entre princípios e normas com análise do caso concreto e suas circunstâncias específicas, da foma como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no acórdão paradigma.

Essa decisão, apesar de não possuir repercussão geral, terá grande influência nas próximas discussões judiciais sobre o tema tendo em vista o sistema de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 e, dessa forma, é um avanço para a proteção do consumidor e uma inovação quanto à responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. *In: Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

_____. **A culpa na responsabilidade civil**: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8^a ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 1, vol. 02, 2000.

4. Proteção contratual dos consumidores

A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR COMO INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ana Paula de Aguiar*

RESUMO: As relações de consumo são essencialmente desequilibradas e o fornecedor ocupa uma posição de superioridade em relação ao consumidor. A Constituição Federal, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, determinou a criação de uma legislação protetiva específica, para equilibrar e harmonizar essas relações. Os institutos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor são indispensáveis para a manutenção de um mercado saudável.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assegura a liberdade como direito fundamental, que é exercida nas relações civis por meio da autonomia da vontade. As relações privadas são regidas pelo Código Civil, lei geral que disciplina os direitos e deveres das pessoas, seus bens e as relações jurídicas entre si, tratando de agentes que possuem autonomia e estão em igualdade de condições.

No entanto, há uma parcela de situações jurídicas que necessitam de tutela específica, e a relação de consumo é uma delas, visto que há um desequilíbrio entre as partes, ou seja, o consumidor é a parte vulnerável da relação e os seus interesses devem ser tutelados pela ordem jurídica, conforme determinação constitucional.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, ao dispor que “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”,

* Advogada. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SC.

garante não apenas um direito fundamental, mas assegura a garantia de um direito de defesa. Essa instrumentalidade é reforçada pelo diploma constitucional ao repetir a expressão “*defesa do consumidor*” ao tratar da Ordem Econômica, em seu artigo 170. Ademais, o legislador constituinte foi categórico ao determinar que o Congresso Nacional elaborasse um código de defesa do consumidor (art. 48, ADCT).

Nesta seara, foi promulgada a Lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC), considerado um dos diplomas mais avançados do mundo em matéria de defesa do consumidor. Esta legislação específica regula um microsistema dentro das relações privadas, tutela esta fundamentada na necessidade de equilibrar e harmonizar a relação entre consumidor e fornecedor, naturalmente desequilibrada pelo poder econômico e social deste.

Como o estatuto consumerista parte do pressuposto de que o consumidor não tem condições de negociar em posição de igualdade e equilíbrio com o fornecedor, nele estão inseridos vários dispositivos de proteção, objetivando amenizar a sua vulnerabilidade na relação negocial, ou seja, a autonomia de vontade é relativizada para que seja restabelecido o equilíbrio entre as partes, visando a justiça contratual.

2 CONCEITO DE CONSUMIDOR

A sociedade de consumo trouxe muitos benefícios e facilitou o acesso a bens e serviços, porém a relação jurídica não é equilibrada, já que o consumidor fica em condição inferior à do fornecedor, que assume a posição de força e controle nas relações de consumo.

Como o mercado não consegue superar esse desequilíbrio por si só, tornou-se imprescindível a intervenção estatal, com a edição de legislação específica e criação de órgãos de proteção do consumidor para regular todos os aspectos da relação de consumo, cuja principal função é a

de equilibrar e harmonizar a relação consumerista, diminuindo a vulnerabilidade do consumidor e inibindo as práticas nocivas de mercado.¹

Assim, a criação do Direito do Consumidor como disciplina autônoma tornou-se necessária, já que o Direito Civil trata de agentes dotados de autonomia e em posição de igualdade nas relações jurídicas. A partir da vigência do CDC, as relações entre fornecedor e consumidor deixaram de ser regidas pelo Código Civil e passaram a ser reguladas por ele.²

A título de conceituação, fornecedor, é todo aquele que disponibiliza produtos ou serviços no mercado de consumo, de maneira profissional e com habitualidade, mediante remuneração, conforme se depreende do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.³

O CDC, em seu artigo 2º, conceitua consumidor como *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*, e equipara a consumidor *“a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”* (art. 2º, parágrafo único, CDC).

Para diferenciar as relações jurídicas regidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor é fundamental a definição de consumidor. Para tanto, a doutrina apresenta três teorias: a finalista, a maximalista e a teoria do finalismo aprofundado.⁴

A teoria finalista restringe a conceituação de consumidor, englobando apenas o não profissional, independentemente de ser pessoa física ou jurídica. Para esta teoria, o destinatário final a que a lei se refere é aquele que dá uma destinação pessoal ao bem ou serviço, sem qualquer interesse profissional.⁵

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 3.

² *Ibid.*, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 16.

⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵ *Ibid.*, p. 6.

A teoria maximalista, utilizando uma análise meramente fática, conceitua o destinatário final como aquele que retira o produto ou serviço do mercado e o utiliza, não importando se a utilização tem finalidade econômica ou se é apenas para uso pessoal. Esse conceito amplia a noção de consumidor, abrangendo um maior número de relações jurídicas.⁶

A teoria do finalismo aprofundado acrescentou à noção de destinatário final econômico trazido pela teoria finalista a ideia de hipossuficiência. Para esta teoria, presume-se a vulnerabilidade do consumidor, o que justificaria, excepcionalmente, a ampliação da proteção legal às atividades empresariais sempre que a pessoa jurídica estiver em posição de inferioridade diante do fornecedor, para equilibrar a relação de consumo. Esta teoria vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷

3 O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 2002 modernizou o direito privado, notadamente na esfera contratual, com normas explícitas que consagram os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio econômico.⁸

Embora a legislação civil se preocupe com a eticidade, a socialidade e a economicidade, a autonomia da vontade impera nas relações privadas, alicerçada nos princípios da liberdade de contratar, da força obrigatória do contrato e da eficácia relativa da convenção. Apesar da submissão aos imperativos de ordem pública, o contrato existe para vincular as pessoas e para ser fundamentalmente cumprido, com a prevalência da vontade dos contratantes.⁹

A possibilidade de revisão/resolução do contrato por fato superveniente surgiu na Idade Média, nos casos em que havia lesão

⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷ *Ibid.*, p. 8.

⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 201.

⁹ *Ibid.*, p. 202.

decorrente da modificação do ambiente econômico vigente no momento da contratação, que onerasse excessivamente o contrato. É a chamada cláusula *rebus sic stantibus* que, interligada ao princípio *pacta sunt servanda*, determina que o pacto é lei entre as partes, mas enquanto vigentes as condições econômicas do momento da contratação.¹⁰

Atualmente, os mesmos fundamentos que autorizavam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* estão presentes na chamada Teoria da Imprevisão, que só é admitida como exceção, se reunir cumulativamente os quatro requisitos unanimemente enumerados pela doutrina, quais sejam: (a) alteração radical das condições econômicas na execução do contrato, em confronto com o momento de sua celebração; (b) imprevisibilidade dessa modificação superveniente; (c) o contrato em execução seja um contrato de execução diferida ou continuada; (d) onerosidade excessiva para um dos contratantes, e lucro exagerado para o outro.¹¹

Na Teoria da Imprevisão há nexo causal entre o enriquecimento de um contratante e o empobrecimento de outro, em razão de fato extraordinário superveniente, o que justifica a excepcional revisão contratual.¹²

4 PARTICULARIDADES DA PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR

No que tange à proteção contratual do consumidor, o CDC trouxe inovações, rompendo com a tradição essencialmente liberalista do direito privado vigente até então, visto que as regras tradicionais do direito privado, pautadas na dogmática liberal, não atendem às necessidades das relações jurídicas de consumo atuais, especialmente no que se refere aos negócios jurídicos de massa, celebrados por contratos padronizados e de adesão. Desse modo, a autonomia privada individual é limitada em detrimento do

¹⁰ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, p. 111.

¹¹ *Ibid.*, p. 112.

¹² *Ibid.*, p. 112.

interesse público, econômico e social, prevalecendo o interesse geral da coletividade em defesa do consumidor.¹³

Dentre os instrumentos protetivos em matéria contratual previstos no CDC, podemos destacar:

a) A nulidade das cláusulas abusivas: O Código de Defesa do Consumidor apresenta um rol de cláusulas abusivas, que são consideradas nulas de pleno direito (art. 51, CDC). Este rol é meramente exemplificativo, pois são consideradas abusivas todas as cláusulas que coloquem o consumidor em um plano de inferioridade na relação contratual, prejudicando ou inviabilizando o exercício pleno dos seus direitos.¹⁴

De acordo com o art. 51, § 1º, CDC, presume-se exagerada a vantagem que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico em que está inserida; restringe direitos ou obrigações fundamentais à natureza do contrato, ameaçando seu objeto ou o equilíbrio da relação contratual; seja excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se as circunstâncias peculiares ao caso.¹⁵

A nulidade das cláusulas abusivas é de extrema importância, considerando-se que no mundo contemporâneo, com o consumo de massa, há o predomínio dos contratos de adesão, que são padronizados e previamente elaborados pelo fornecedor, não oportunizando aos consumidores uma discussão individual das cláusulas e condições, relativizando a autonomia plena de vontades e facilitando a inserção disposições abusivas.¹⁶

b) A força vinculativa da oferta: De acordo com o artigo 30 do CDC, o fornecedor fica vinculado à oferta, ou seja, se a oferta for mais

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**: Direito Material e Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 516

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 251.

¹⁵ *Ibid.*, p. 252.

¹⁶ *Ibid.*, p. 280.

benéfica ao consumidor que a cláusula expressamente pactuada, esta é afastada e a oferta passa a integrar o contrato celebrado¹⁷.

c) O direito de arrependimento: É a faculdade concedida ao consumidor de desistir de um contrato em determinado prazo, sem a necessidade de justificar ou demonstrar qualquer vício ou falha no produto ou serviço¹⁸, consistindo em “*uma ferramenta eficaz que permite ao consumidor desvincular-se do compromisso que assumiu em função das pressões a que esteve sujeito ou diante da desilusão que teve ao adquirir determinado bem ou serviço*”¹⁹.

Este direito está ligado à vulnerabilidade do consumidor diante do marketing utilizado pelos fornecedores, possibilitando que o consumidor tenha um período de reflexão e analise se as condições do contrato lhe são de fato favoráveis, decidindo se tornará efetiva a aquisição do produto ou serviço, evitando o consumo por impulso.²⁰

O artigo 49 do CDC limitou esse instituto aos contratos celebrados à distância, com prazo de sete dias a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço. Ao exercer o seu direito de arrependimento, optando por não dar continuidade ao vínculo contratual, o consumidor devolverá o bem ao fornecedor que, por sua vez, deverá fazer a restituição imediata dos valores pagos, monetariamente corrigidos. As eventuais despesas com a celebração e o cancelamento do contrato não podem ser repassadas ao consumidor, devendo ser arcadas integralmente pelo fornecedor, como risco da atividade empresária.²¹

d) A possibilidade de revisão contratual: O Código de Defesa do Consumidor garante ao consumidor, dentre seus direitos básicos, a

¹⁷ KHOURI, *op. cit.*, p. 99.

¹⁸ *Ibid.*, p. 99.

¹⁹ GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 54.

²⁰ *Ibid.*, p. 47-53.

²¹ KHOURI, *op. cit.*, p. 99.

possibilidade de revisão do contrato sempre que houver a adoção de cláusulas abusivas pelo fornecedor (art. 6º, IV, CDC); estipulação de prestações desproporcionais na formação do contrato (art. 6º, V, CDC); ocorrer a superveniência de fatos que tornem as prestações excessivamente onerosas ao consumidor (art. 6º, V, *in fine*, CDC).²²

O objetivo do legislador, ao assegurar esses direitos ao consumidor, não foi o de fragilizar o contrato, com a possibilidade de rompimento unilateralmente pelo consumidor, mas sim de aperfeiçoar o negócio jurídico, tornando-o equitativo.²³

Na revisão contratual em razão da prestação desproporcional, o que autoriza o magistrado a intervir é o desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, em prejuízo do consumidor, independentemente de ser contrato de duração ou de execução imediata. O que fundamenta essa possibilidade é a ausência de comutatividade na relação de consumo, não havendo a garantia implícita de equivalência patrimonial entre a prestação e a contraprestação, lesando o consumidor.²⁴

O CDC protege o consumidor contra a onerosidade excessiva, na medida em que ela desequilibra a relação contratual. Para a aplicação do art. 6º, V, CDC, não há necessidade de que o fato superveniente seja imprevisível, nem que seja extraordinário, como prevê a Teoria da Imprevisão, bastando que gere a onerosidade excessiva para o consumidor, ainda que não importe em enriquecimento para o fornecedor²⁵.

5 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento e maior complexidade das relações de consumo, as relações entre consumidor e fornecedor passaram a ser desequilibradas, reclamando maior proteção estatal.

²² THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 244.

²³ *Ibid.*, p. 244

²⁴ *Ibid.*, p. 108.

²⁵ *Ibid.*, p. 114.

A Constituição Federal reconheceu o consumidor como parte frágil na relação de consumo e determinou uma tutela estatal específica, consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor, cujo objetivo primordial é equilibrar e harmonizar as relações de consumo.

Os institutos trazidos pelo estatuto do consumidor são essenciais para amenizar a superioridade do fornecedor, conferindo ao consumidor uma posição de igualdade na relação consumerista.

Ao se valer dos instrumentos legais, o consumidor tem a sua vulnerabilidade mitigada, já que a legislação consumerista lhe confere tratamento mais protetivo que o da lei civil. Ao estipular a nulidade das cláusulas abusivas, por exemplo, o estatuto protege uma grande massa de consumidores, especialmente os que aderem a contratos previamente estabelecidos pelo fornecedor.

É possível afirmar que sem a defesa do consumidor toda a coletividade ficaria exposta a situações e práticas comerciais nocivas, ofensivas à dignidade da pessoa humana. Ademais, a proteção estatal não busca privilegiar o consumidor, afrontando a autonomia de vontade, mas apenas equacionar uma relação desigual.

O microsistema do Direito do Consumidor, apesar de moderno e consolidado na ordem jurídica contemporânea, está em constante desenvolvimento, cujo dinamismo das relações jurídicas impõe uma constante atualização, como em todos os outros ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 11 de setembro de 1990.

Gomide, Alexandre Junqueira. **Direito de Arrependimento nos Contratos de Consumo**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**: Direito Material e Processo Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: uma análise crítica da jurisprudência do STJ

Nicolas Fassbinder*

RESUMO: A presente pesquisa analisa a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial a contratos de alienação fiduciária em garantia e se há compatibilidade da jurisprudência do STJ com o sistema constitucional de proteção ao consumidor. Para isso, utilizou-se metodologia dedutiva, com análise de julgados e doutrina consumerista, concluindo-se pela incompatibilidade do atual entendimento com a defesa do consumidor.

Palavras-chave: Adimplemento Substancial. Alienação Fiduciária em Garantia. Interpretação Sistemática. Sistema Constitucional de Proteção ao Consumidor. Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O problema objeto do presente artigo consiste na verificação da compatibilidade do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça com o sistema constitucional de proteção ao consumidor no que diz respeito à possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial a contratos de alienação fiduciária em garantia.

* Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Integrante da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PR. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Virada de Copérnico (PPGD/UFPR). Advogado. Endereço Eletrônico: nicolasfassbinder94@gmail.com.

O enfrentamento deste problema de pesquisa se justifica na medida em que atualmente ocorre grande utilização do modelo contratual de alienação fiduciária por parte de instituições financeiras, o que demanda uma análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto.

Tal assunto impacta diretamente no exercício da advocacia brasileira em prol dos consumidores e requer, assim, atualizações e estudos constantes, na busca por uma interpretação sistemática que respeite os direitos básicos do consumidor.

Cumpra ressaltar que o presente artigo se utiliza de metodologia dedutiva, partindo de conceitos mais genéricos para posterior análise específica do tema, valendo-se tanto de julgados do Superior Tribunal de Justiça quanto de obras doutrinárias acerca do assunto.

Feitas tais considerações, o primeiro objetivo específico do trabalho é conceituar o que se entende por “teoria do adimplemento substancial”, bem como a definição legal do modelo contratual da “alienação fiduciária em garantia”, tendo como contexto o sistema constitucional de proteção do consumidor.

O segundo objetivo específico da pesquisa consiste em analisar o entendimento atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial a contratos de alienação fiduciária em garantia.

Por fim, busca-se responder ao problema de pesquisa deste artigo, verificando-se assim se há ou não compatibilidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema em relação ao sistema constitucional de proteção ao consumidor.

2 TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: conceitos introdutórios

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem sustentam que há no Brasil um “Direito Privado Solidário”¹, no qual se percebe a prevalência da Constituição Federal de 1988 enquanto norma de hierarquia superior no ordenamento jurídico brasileiro, guiando a interpretação das demais leis infraconstitucionais.

Nesse contexto, Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira afirma que há uma fundamentalidade formal da defesa do consumidor, posto que se encontra no topo do ordenamento jurídico, estabelecendo limites materiais e formais ao poder de reforma da Constituição e se consubstanciando enquanto norma jurídica de aplicação direta e imediata².

Ainda segundo a referida autora, verifica-se também uma fundamentalidade material da defesa do consumidor, já que foi incluída como elemento que integra a Constituição material, representando uma decisão fundamental entre as escolhas jurídico-políticas do constituinte originário³.

Assim, em conformidade com os ditames constitucionais e atendendo ao disposto em seu artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V, foi promulgado em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, o qual trouxe ampla proteção aos consumidores, como é o caso da positivação do princípio da vulnerabilidade dos consumidores no mercado de consumo (artigo 4º, inciso I), além da proibição de cláusulas abusivas em contratos de consumo, a facilitação da defesa dos consumidores em juízo, dentre outras garantias.

¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2014, p. 27.

² OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa Judicial do Consumidor Bancário**. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014, p. 165.

³ *Idem*.

Logo, a defesa do consumidor no Brasil ganhou novo capítulo ao final do século XX. Contudo, a realidade fática desde sempre desafia a proteção jurídica dos mais vulneráveis, principalmente diante da lógica do lucro que move o mercado. Essa realidade se torna perceptível, por exemplo, com os chamados contratos de alienação fiduciária em garantia, principalmente no âmbito de financiamentos de automóveis.

Esses contratos possuem fundamento no Decreto-Lei nº 911/1969, editado em pleno período de Ditadura Militar em território nacional. Assim, nesse tipo de contrato, o consumidor empresta determinada quantia de dinheiro de uma instituição financeira e devolve esse valor ao banco em parcelas. Como garantia do empréstimo, o consumidor transfere à instituição financeira o domínio resolúvel e a posse indireta de coisa móvel, normalmente um automóvel.

Entretanto, algumas disposições do referido Decreto permitem, dentre outros, que o banco ajuíze ação de busca e apreensão do bem móvel dado em garantia quando o consumidor estiver em mora, ou seja, quando está em atraso com o pagamento de alguma das parcelas que devia à instituição financeira.

O artigo 2º do Decreto-Lei n. 911/1969 estabelece que, na hipótese de inadimplemento ou mora do consumidor, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, bastando somente a demonstração da mora. Nesse caso, o parágrafo 2º desse artigo explica que a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, ainda que a assinatura constante do referido aviso não seja a do destinatário.

Assim, uma vez que o consumidor atrasar o pagamento de uma só parcela, a instituição financeira poderá mover ação de busca e apreensão em seu desfavor, demonstrando na inicial que o consumidor está em mora. Para a comprovação da mora, conforme visto acima, basta a juntada de carta com aviso de recebimento com a assinatura de qualquer pessoa.

Torna-se evidente, portanto, que a leitura literal e isolada do artigo 2º do referido Decreto-Lei fere a defesa do consumidor enquanto

garantia fundamental da Constituição, já que ignora o princípio da boa-fé nos contratos de consumo e autoriza a resolução do contrato pela simples demonstração de mora do consumidor. Pode-se afirmar que consumidores submetidos a esse tipo de contrato ficam ainda mais vulneráveis, já que se deixarem de pagar uma só parcela poderão perder seu bem móvel dado em garantia.

De modo a reequilibrar tal situação em favor dos consumidores, passou a ser defendida por diversos autores a teoria do adimplemento substancial. Tal teoria tem por objetivo principal impedir que o credor resolva uma relação contratual em razão de inadimplemento de parcela ínfima da obrigação. Isso impede, por exemplo, a violação ao dever de mitigação dos próprios prejuízos (*duty to mitigate the loss*), um dos corolários do princípio da boa-fé objetiva⁴.

Assim, conforme afirmam Amélia Soares da Rocha e Régis Gurgel do Amaral Jereissati, a discussão acerca do adimplemento substancial da obrigação se situa no requisito da configuração da mora, devendo ser questionada a viabilidade do ajuizamento de ação de busca e apreensão quando se constatar que o devedor (consumidor) adimpliu substancialmente o débito devido à instituição financeira⁵.

Por óbvio que a identificação do *quantum* daquilo que se entende por adimplemento substancial não é simples. Segundo os autores acima citados, faz-se necessário o exame de uma interpretação que seja constitucionalmente viável do disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, levando-se em consideração o princípio constitucional da proporcionalidade⁶.

⁴ EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 86-91.

⁵ ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. O Adimplemento Substancial em Contrato de Alienação Fiduciária em Relação de Consumo e a (Im)Possibilidade de Ação de Busca e Apreensão. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **25 Anos do Código de Defesa do Consumidor**: trajetórias e perspectivas. São Paulo: RT, 2016, p. 263.

⁶ *Ibid.*, p. 267.

Impende ressaltar também que foram aprovados importantes enunciados nas Jornadas de Direito Civil nos últimos anos a respeito do tema. Na 4ª edição desse evento científico, foi aprovado o enunciado nº 361, segundo o qual “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Outro importante enunciado (nº 586) foi aprovado na 7ª Jornada, afirmando que “para a caracterização do adimplemento substancial (tal qual reconhecido pelo Enunciado 361 da IV Jornada de Direito Civil - CJF), levam-se em conta tanto aspectos quantitativos quanto qualitativos”.

A figura do adimplemento substancial passou a ser adotada pelos tribunais brasileiros, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme será abordado a seguir.

3 ADIMPLENTO SUBSTANCIAL EM CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: análise crítica da jurisprudência do STJ

O STJ começou a aplicar a teoria do adimplemento substancial em 1995. Desde então, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, reconheceu-se que o ajuizamento de ações de busca e apreensão e reintegração de posse deveriam ser apenas a última *ratio* do credor, em casos nos quais há explícita perda de interesse na execução do contrato⁷.

⁷ Por todos, ver: STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 01/03/2001; STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 469.577/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25/03/2003; STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 912.697/RO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 07/10/2010.

Contudo, a partir de 2012, entendimentos divergentes começaram a surgir⁸. Tais julgados culminaram no julgamento do Recurso Especial nº 1.622.555/MG⁹. Neste caso, o Ministro Relator Marco Buzzi propôs voto no sentido de reconhecer o adimplemento substancial de contrato de alienação fiduciária que teve 91,66% (noventa e um vírgula sessenta e seis por cento) de suas prestações pagas pelo devedor. Contudo, entendeu a Corte, por maioria de votos, que não há compatibilidade entre a teoria do adimplemento substancial e os ditames do Decreto-Lei n. 911/1969, posto que existe um direito de ação legítimo do credor fiduciário de promover a busca e apreensão do bem.

Ademais, segundo tal entendimento do referido Tribunal Superior, impor ao credor a preterição da ação de busca e apreensão por outra via judicial, menos eficaz a seu favor, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Argumentou-se também que a aplicação da teoria do adimplemento substancial nesses casos consiste em incentivo ao inadimplemento e compromete a propriedade fiduciária.

Tal posicionamento exarado no mencionado Recurso Especial nº 1.622.555/MG passou a ditar a jurisprudência do referido Tribunal Superior até os dias atuais¹⁰.

A respeito de tais argumentos, faz-se relevante uma leitura crítica que englobe elementos discutidos em pontos prévios desse trabalho. Tendo esses elementos em vista, infere-se não ser possível atualmente uma leitura isolada do Decreto-Lei nº 911/1969. De fato, tal Decreto admite o ajuizamento de ação de busca e apreensão pelo credor

⁸ Por todos, ver: STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 1.287.402/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 03/05/2012; STJ, Terceira Turma, Recurso Especial n. 1.255.179/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/08/2015.

⁹ STJ, Segunda Seção, Recurso Especial n. 1.622.555/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 22/02/2017.

¹⁰ Por todos, ver: STJ, Quarta Turma, Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.851.274/AM, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 15/06/2020; STJ, Quarta Turma, Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.829.405/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 18/05/2020.

na hipótese de inadimplemento do devedor, concedendo prazo de 5 (cinco) dias para o pagamento integral da dívida. Contudo, essa regra precisa ser lida sob a ótica da Constituição Federal de 1988 e seus princípios informadores.

Assim, considerando que a defesa do consumidor é direito fundamental e princípio da ordem econômica brasileira, os contratos de alienação fiduciária em garantia, por serem contratos de adesão, devem ser lidos e interpretados em favor dos consumidores, indivíduos vulneráveis no mercado de consumo.

Justamente por conta da vulnerabilidade dos consumidores, também não é crível afirmar que a teoria do adimplemento substancial incentiva o inadimplemento. Conforme já observado, tal teoria tem por objetivo a concretização dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato, promovendo a manutenção do contrato em hipóteses de débito mínimo diante do montante já pago.

Assim, pode-se concluir que um consumidor que paga 44 (quarenta e quatro) das 48 (quarenta e oito) parcelas de um contrato bancário não visa o inadimplemento, até porque, por conta dos juros cobrados, já pagou muito a mais do que o valor original financiado.

Tendo tudo isso em vista, pode-se afirmar que a negativa de aplicação da teoria do adimplemento substancial a todo e qualquer caso envolvendo contratos de alienação fiduciária, como o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.622.555/MG, viola a defesa constitucional do consumidor, bem como diversas disposições do Código de Defesa do Consumidor e princípios como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos.

Assim, nos parece que um caminho viável seja a interpretação sistemática do Decreto-Lei n. 911/1969 em consonância com a Constituição Federal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, fazendo com que o ajuizamento de ações de busca e apreensão seja mais consciente e menos gravoso ao devedor, especialmente em casos nos quais a dívida é mínima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, no século XXI, o ordenamento jurídico brasileiro está estruturado pela Constituição Federal de 1988, diploma que goza de supremacia diante das demais leis infraconstitucionais e que deve ser respeitado por todos os operadores do Direito. Assim, são as leis que devem ser lidas a partir das lentes da Constituição, e não o inverso.

Logo, partindo dos conceitos legais do contrato de alienação fiduciária em garantia e considerando sua natureza de contrato de adesão de consumo, bem como levando-se em conta a teoria do adimplemento substancial, conclui-se que há nítida incompatibilidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema com o sistema constitucional de proteção ao consumidor.

Em verdade, analisando-se criticamente o assunto, percebe-se que a teoria do adimplemento substancial é plenamente passível de ser aplicada a casos envolvendo contratos de alienação fiduciária em garantia, já que representa a concretização de princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Por meio desse instituto, é possível vislumbrar relações contratuais mais equilibradas, nas quais o dever de cooperação entre as partes possa atenuar a vulnerabilidade dos consumidores, proporcionar a manutenção dos contratos e resolução menos gravosa dos conflitos.

REFERÊNCIAS

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa Judicial do Consumidor Bancário**. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014.

ROCHA, Amélia Soares da; JEREISSATI, Régis Gurgel do Amaral. O Adimplemento Substancial em Contrato de Alienação Fiduciária em Relação de Consumo e a (Im)Possibilidade de Ação de Busca e Apreensão. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **25 Anos do Código de Defesa do Consumidor**: trajetórias e perspectivas. São Paulo: RT, 2016.

5. Meios autocompositivos de resolução de conflitos

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS (negociação, mediação ou conciliação)

Bernardo Mendes*

Patrícia Dantas*

RESUMO: Os meios autocompositivos de resolução de conflitos refletem uma necessidade do Poder Judiciário e da sociedade em geral que sempre buscou o Estado para solucionar suas demandas. Com normas jurídicas específicas, oriundas de uma reforma legislativa recente, os meios autocompositivos mostram-se cada dia mais eficientes em busca de garantir o acesso à justiça em defesa dos direitos dos consumidores.

Palavras-Chave: Resolução. Conflitos. Negociação. Mediação. Conciliação.

ABSTRACT: Self-composing means of conflict resolution reflect a need not only of the Judiciary Branch but of society in general, which has always sought to solve its demands through the State with the so-called culture of litigation. With specific legal rules, arising from a recent

* Advogado, inscrito na OAB/PA sob o nº. 14.815, com mais de 10 (dez) anos de atuação e experiência profissional. Doutor em Direito. Palestrante e Consultor Jurídico. Pós-graduado em Direito do Consumidor pelo Instituto Jamil Sales/PA. MBA em Direito Civil e Processual Civil pela FGV/RJ. Mediador Extrajudicial. Membro do Conselho de Usuários da ANATEL (Subsídio TIM BRASIL). Professor convidado junto a Escola Superior da Advocacia (ESA/PA) e Instituto Jamil Sales/PA. Coordenador Acadêmico do Curso de Atualização em Direito do Consumidor (ESA/PA em junho/2018. Junho/2019 e Agosto/2020). Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor (OAB/PA) desde Abril/2018. Coautor do Livro “Estudos de Direito do Consumidor” (lançado 04/out/2018 em SP).

* Advogada, inscrita na OAB/PA sob o nº. 27.971. Graduada em Comunicação Social e Direito. Pós-graduada em Direito do Consumidor e Processo Civil pelo Instituto Jamil Sales/PA. Mediadora Judicial certificada pelo Conselho Nacional de Justiça. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor.

legislative reform, the auto-composition means are increasingly efficient seeking to guarantee access to justice in defense of consumer rights.

Keywords: Resolution. Conflicts. Negotiation. Mediation. Conciliation.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o Poder Judiciário Brasileiro a cada dia que passa detém uma sobrecarga de processos que comprometem a celeridade jurisdicional e em grande parte isso se deve ao fenômeno da judicialização da vida. Esta judicialização, provoca uma saturação das varas judiciais a medida que o cidadão busca através do Estado respostas para os imbrólios da sua vida privada, e que por vezes, podem ser solucionados através dos chamados meios autocompositivos de resolução de conflitos.

Tema cada vez mais em evidência, especialmente quando se trata das relações de consumo, os meios autocompositivos (negociação, mediação e conciliação) surgem no Brasil como mecanismo complementar à atividade jurisdicional, proporcionando uma tramitação mais rápida aos processos judiciais. Além disso, atuam no âmbito extrajudicial de forma preventiva, evitando que um conflito seja instalado.

Nesse sentido, é imperioso destacar que o sistema processual civil brasileiro admitiu em seu ordenamento jurídico significativas modificações a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), seguido pela Lei da Mediação (13.140/2015), ambas impulsionadas pela Resolução nº125/2010, do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação, destacando que cabe ao Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado de conflitos, garantindo maior acesso ao que almeja ser uma ordem jurídica justa.

Dentro desse conjunto de normas de pacificação social, fica expressa a possibilidade das partes atuarem como protagonistas de suas vidas, encontrando a solução para os conflitos enfrentados pelo cidadão no seu dia-a-dia. Atualmente, os conflitos de consumo ocupam especial

relevância, visto que, encontram-se no topo das demandas mais judicializadas segundo dados do CNJ¹, o que demonstra diversas práticas comerciais incompatíveis com os procedimentos legais do ordenamento jurídico brasileiro, que tem como condão a proteção do consumidor.

E, com vistas a ampliar esta proteção, os meios autocompositivos, possibilitam aos litigantes a busca da solução de suas divergências através da construção baseada no diálogo voluntário e na pacificação social, consolidando-se cada vez mais como instrumento capaz de superar a cultura do litígio e substituí-la pela chamada cultura da paz.

2 DESENVOLVIMENTO

Amplamente protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil, o consumidor é consagrado no capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXXII) e da ordem econômica e financeira (art. 170, V). Ambos entregam ao Estado a responsabilidade de assegurar a proteção do consumidor através de políticas públicas que buscam construir um Estado de bem-estar social.

De posse desse contexto e diante de intermináveis conflitos que diariamente violam as relações que envolvem consumidores e fornecedores em razão, muitas vezes, da não disponibilidade das empresas em resolver e garantir os interesses de seus clientes na seara administrativa e extrajudicial, a maioria acaba por buscar uma solução judicial.

No entanto, o consumidor por vezes, deixa de lado seus direitos por acreditar que o acesso à justiça é inatingível, uma vez que desconhece que o direito social é fundamental e protegido pela própria Constituição Federal.

Nesse sentido, em que pese à garantia constitucional, a estrutura jurídica brasileira não acolhe toda a sociedade para salvaguardar seus direitos e enfim resolvê-los efetivamente, criando um descontentamento

¹ Conselho Nacional de Justiça.

da sociedade de consumo que não consegue enxergar uma solução rápida, econômica e eficaz para pôr fim aos seus conflitos.

Dessa forma, a busca pelo chamado sistema multiportas, mostra-se relevante em face da necessidade apresentada pelo judiciário e pela própria sociedade, uma vez que, contribui para a ampliação de acesso à justiça e prioriza a proteção do consumidor, apresentando soluções consensuais de conflitos, incentivando a participação destes na resolução de suas demandas e na efetivação de seus direitos, tornando-se uma alternativa para garantir a tutela do consumidor fora dos tribunais.

Em verdade, os meios autocompositivos de resolução de conflitos ainda sofrem certa resistência no Brasil, e é preciso demonstrar aos consumidores a segurança e a validade jurídica destes mecanismos e de que forma eles podem colaborar com um resultado eficiente, célere e econômico, sem deixar que o Estado decida sobre a sua demanda ao impor uma sentença judicial.

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos apresenta na seara consumerista, ferramentas como a negociação, a mediação e a conciliação dentre os vários tratamentos possíveis para que o cidadão solucione com habilidade problemas decorrente de suas relações com seus fornecedores, traçando um perfil de sua demanda, que exige primeiramente o conhecimento e a identificação do tipo correto de conflito, bem como as condições das partes, para indicar dentre as alternativas apresentadas, aquela que seja a mais conveniente para a situação.

A Negociação, por exemplo, como meio autocompositivo de solução de conflitos, atua de forma direta entre consumidor e fornecedor, ao proporcionar um contato direto entre eles, sendo a porta de entrada quando o consumidor apresenta suas dores. Seu foco principal, além dos interesses das partes envolvidas, é o esforço conjunto na busca por uma solução, sendo fundamental para cuidar do relacionamento com o cliente ao privilegiar a resolução de seu problema de forma administrativa e célere, afastando da intervenção do judiciário, podendo ou não ter a participação de um advogado.

Além disso, sabe-se que, conflitos de interesses sempre existiram nos mais diversos âmbitos e conforme o contato entre as pessoas aumenta estes também passam a estar mais presentes nas relações, inclusive nas de consumo. Contudo, gerenciar e negociar esses conflitos nem sempre é tarefa fácil, visto que, os sujeitos dessa relação se apresentam em polos desiguais, onde a falta de conhecimentos específicos acerca dos seus direitos ao adquirir um produto ou serviço, acaba colocando o consumidor em uma posição de vulnerabilidade.

Desse modo, é de suma importância a utilização de técnicas que possam aproximar consumidor e fornecedor, como: atitudes de acolhimento, empatia, ouvir antes de falar, perceber o outro não somente a partir dos seus próprios valores e acima de tudo oportunizar o desabafo. Técnicas como essas, farão sempre a diferença no momento de resolução de uma controvérsia.

Na negociação, o mais importante para obter êxito é a construção de um diálogo pautado nos interesses em comum, de modo que os acordos sejam benéficos para as partes envolvidas, levando-se em consideração princípios como confiança, equilíbrio, diferenças, igualdade, não resistência e foco no interesse. Além disso, a negociação é o ponto de partida para o estudo e aplicação de outros métodos dos meios autocompositivos, como mediação e conciliação.

Importante evidenciar que no Brasil, o decreto 10.197/20, regularizou e oficializou a plataforma digital da administração pública, conhecida como consumidor.gov.br e hoje é a grande porta de entrada de negociações entre consumidores e fornecedores para a autocomposição de suas controvérsias, mantida pelo Ministério da Justiça. A plataforma é um canal direto de negociação que oportuniza um atendimento célere, seguro e que vem demonstrando eficiência em suas negociações.

Já a mediação, diferente da negociação, é sempre assistida pela figura de um terceiro imparcial, capacitado, sem poder decisório e com o objetivo de facilitar o diálogo entre as partes envolvidas. Este método,

oferece equilíbrio e eficiência na defesa dos consumidores, mostrando-se apropriado na manutenção de um diálogo eficaz entre as partes contratantes, onde o consumidor, enquanto titular de direitos e garantias tem a chance de atuar de maneira mais ativa.

Destaca-se que, a mediação, validada no nosso ordenamento jurídico através de normas específicas, é grande aliada do judiciário brasileiro, sendo uma técnica adequada para demandas de consumo com relações continuadas e que tem colaborado sobremaneira para a melhora da prestação jurisdicional ao oferecer a sociedade o acesso à uma Justiça de qualidade.

Dessa forma, ao ser instalado um conflito em uma relação consumerista, a mediação como um procedimento consensual, se coloca como um modo autônomo de resolução de conflitos, onde a titularidade do poder decisório está nas mãos das partes envolvidas, cabendo ao mediador colaborar para que as partes formulem e busquem uma solução que melhor as satisfaça, preservando a construção das respostas elaboradas por elas.

Salienta-se que, a mediação, ao ser oportunizada como meio de resolução de um conflito, colabora com a desconstrução do que judicialmente tem-se em mente quando uma sentença é proferida, pois, não há que se falar em ganhador-perdedor e sim em uma política de cooperação entre as partes envolvidas, pautada na satisfação dos dois lados, uma vez que há uma aproximação maior entre elas, permitindo o estabelecimento de uma relação profícua.

Igualmente, a mediação quando bem entendida e aplicada com todas as suas técnicas, tem o poder de tornar-se um instrumento de transformação social, uma vez que, trabalha a compreensão do problema com uma visão positiva, identificando suas causas e apontando soluções concretas que geram outra percepção do conflito, principalmente o derivado de relações continuadas como acontece nas relações consumeristas.

Acrescente-se que, a mediação se apresenta como instrumento judicial e extrajudicial satisfatório capaz de estabelecer o diálogo entre

os consumidores e fornecedores, aliviando o desgaste e diminuindo o desequilíbrio de suas relações.

Na conciliação, que se apresenta como mecanismo de resolução de conflitos que envolvem uma menor complexidade, a participação de um terceiro imparcial, capacitado e sem poder decisório, também é fundamental para facilitar o diálogo entre os envolvidos, com uma abordagem diferente da mediação.

Nesta abordagem, consumidores e fornecedores identificam interesses em comum e buscam alternativas para solucionar seus conflitos mediante a participação da figura de um conciliador, que com uma postura mais ativa, propõe soluções de forma mais direta, alcançando o que acredita ser mais próximo do ideal de justiça.

Nesse escopo, merece destaque a participação dos Procons locais como órgão protetivo acessível para utilização da conciliação quando o assunto é resolução de controvérsias, visto que, possui um contato direto com os consumidores e atua de forma extrajudicial com a finalidade de protegê-los, orientá-los e proporcionar uma alternativa eficiente ao cidadão.

Dessa forma, apresentar ao consumidor alternativas capazes de solucionar conflitos fora da esfera judicial seja utilizando a negociação, a mediação ou a conciliação, é conferir a ele, a capacidade de compor acordos levando-se em consideração a sua própria vontade, mesmo diante de sua vulnerabilidade, que tende a ser diminuída a partir do momento em que gera uma sensação de autonomia, autoconfiança e empoderamento, onde ele passa a ter o controle de sua demanda.

Como bem colocado por Ada Pellegrini Grinover², “a crise da Justiça, representada por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe

² A crise da Justiça, representada por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o *fundamento funcional*. Trata-se de buscar racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição.

imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o *fundamento funcional*. Trata-se de buscar racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos apresentados, denota-se que o desenvolvimento de uma política pública de defesa do consumidor deve ser pautado na restauração das relações entre consumidores e fornecedores, e não mais em uma disputa judicial ou extrajudicial, onde não há resgate de sentimentos envolvidos que gerem uma sensação de bem-estar e não seja célere e eficaz, o que é fundamental.

Assim, apresentar ao consumidor outros meios que não necessariamente judiciais para que suas demandas sejam resolvidas, é priorizar a autonomia de seus interesses. Além do mais, faz-se necessário demonstrar a ele o princípio fundamental de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que é o da dignidade da pessoa humana.

A ênfase ao diálogo, à educação de consumidores e fornecedores e ao respeito mútuo trabalhadas nos meios autocompositivos, demonstram ser a solução para uma sociedade que não tem mais forças e nem tempo para litigar e para um judiciário sobrecarregado de demandas conflituosas que merecem um tratamento diferenciado.

REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça Conciliativa**. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_ADA%20PELLE.pdf. Acesso em: 07 jul. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

A NECESSÁRIA ASSISTÊNCIA DE CONSUMIDORES POR ADVOGADOS NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV

Larissa Leal*

Fabiana Prietos Peres*

RESUMO: O presente artigo trata de soluções de conflitos entre consumidores e fornecedores fora do ambiente judiciário, com especial foco na plataforma consumidor.gov. O ambiente virtual consumidor.gov não admite a participação de profissionais da advocacia para prestar assistência aos consumidores, o que lhes causa um agravamento da vulnerabilidade jurídica e descumpre disposições legais.

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos de consumo representam grande parcela dos litígios no Judiciário brasileiro, tendo atingido, em 2019 a marca de 2,3 milhões de ações ajuizadas, representando 4.5% do acervo judicial que ingressou naquele ano¹.

No ano de 2014, foi lançada a plataforma Consumidor.gov, inteiramente online e com a proposta de aproximar consumidores e fornecedores de uma resolução para os problemas advindos do mercado de consumo. No entanto, oito anos após sua implementação, diversas são as críticas ao funcionamento da plataforma, como a reduzida adesão de

* Mestre e Doutora em Direito Privado pela UFPE. Vice-Presidente da ADECCON – PE, Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor de Pernambuco. Professora de Direito Civil e Direito do Consumidor da FDR/UFPE. Advogada e Membro Colaboradora da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE.

* Mestra e especialista em Direito do Consumidor pela UFRGS. Advogada e Membro Colaboradora da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. p. 238.

fornecedores, a dificuldade de acesso dos consumidores e a impossibilidade de assistência formal por advogados, ponto que será objeto deste estudo.

O Boletim Consumidor.gov.br 2020² destaca que o serviço prestado pela plataforma incentiva a interatividade entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos, não substituindo o serviço prestado pelos Órgãos de Defesa do Consumidor. Desde o seu lançamento, em 2014, a plataforma já atendeu quase 4 milhões de reclamações, tendo quase 3 milhões de consumidores cadastrados e cerca de mil empresas, havendo um exponencial crescimento de acessos ao passar dos anos.

A reclamações que chegam à plataforma consumidor.gov se concentram em dois eixos, responsáveis por mais de 50% do total de reclamações, notadamente Bancos, Financeiras e Administradoras de Cartão e Operadoras de Telecomunicações (Telefonia, Internet e TV por assinatura). O índice médio total de solução das empresas chega a quase 80%, sendo que nos segmentos de Operadoras de Telecomunicações as resoluções se aproximam a 90%.

Entre os assuntos mais presentes, responsáveis por cerca de 27% das reclamações, estão os cartões de crédito, débito e de lojas, banco de dados e cadastros de consumidores, telefonia móvel pós-paga e crédito consignado, inclusive na modalidade de cartão de crédito e para beneficiários do INSS.

Em outra pesquisa elaborada pela Secretaria Nacional de Consumidor, no mês de setembro de 2019, foi questionado a cerca de 2 mil consumidores se frequentemente utilizavam a plataforma, como tiveram conhecimento da ferramenta, índice de resolução dos problemas, uso do site para verificação do desempenhos das empresas, opinião sobre as informações disponibilizadas no site, conhecimento sobre o aplicativo

² BRASIL. **Boletim Consumidor.gov.br 2020**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

consumidor.gov, divulgação da plataforma e perfil do consumidor, dividido entre gênero, faixa etária e grau de escolaridade.³

Não há, no entanto, dados que indiquem a quantidade de consumidores que acessaram a plataforma por meio de um advogado.

Desse modo, a ausência de dados relativos à atuação dos advogados revela que seu acesso não é uma prioridade da plataforma. E, nesse sentido, é que se propõe este estudo a investigar a necessidade de assistência dos consumidores por advogados como alternativa à acordos justos, evitando que a relação de vulnerabilidade já presumidamente existente seja aprofundada.

2 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DESTINADOS A CONSUMIDORES NO BRASIL

A defesa do consumidor é um imperativo constitucional, devendo ser promovida pelo Estado, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Ainda na seara constitucional, temos no art. 133, que revela o advogado como indispensável à administração da justiça.⁴

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181/1997⁵, é constituído por Procons, Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacias de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis e Organizações Cíveis

³ SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. **Pesquisa consumidor.gov.br**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁴ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 2.181/97**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em 29 jun. 2021.

de defesa do consumidor, em atuação conjunta com a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).⁶

Nesse contexto, a proteção administrativa do consumidor, conforme ressalta Lorencini, ocorre por meio um “abrangente sistema de defesa do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro que, entre outras coisas, prevê órgãos na esfera federal e estadual”.⁷

Há, portanto, um sistema de justiça multiportas, através das quais o consumidor possui diversas “portas” para a resolução dos conflitos de consumo, que atuam de forma integrada e encaminham o consumidor ao atendimento mais adequado de acordo com o caso apresentado.

Através dos órgãos acima mencionados, são concretizados meios não judiciais de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação, sempre com a presença de um membro dessas instituições (e, por conseguinte, com a presença do Estado).

Quando tratamos da defesa de vulneráveis, deve sempre ser considerada a vulnerabilidade do consumidor diante destes métodos alternativos de solução de conflitos. Na esteira do defendido por Bruno Miragem, “o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e a aplicação do direito do consumidor”⁸.

Portanto, a assistência ao consumidor perante o fornecedor constitui-se em efetivação do dever constitucional que o Estado tem de prover.

No entanto, a plataforma consumidor.gov, em que pese esteja hospedada em um sítio do Governo Federal, não conta a assistência

⁶ Cf. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/seus-direitos-2/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil/anexos/sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor-sndc> Acesso em: 29 jun. 2021.

⁷ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Negociação, mediação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 84.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 127.

direta de um mediador ou conciliador. E, ainda, não dispõe de meios que possibilitem o cadastro de advogados para a devida assistência do consumidor nas negociações.

3 A IMPORTÂNCIA DE ASSISTÊNCIA POR PROFISSIONAL DA ADVOCACIA NAS SOLUÇÕES DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM CONSUMIDORES

O Código de Defesa do Consumidor, no inciso I, de seu artigo 4º, oferecendo maior capilaridade às disposições constitucionais do inciso XXXII, do artigo 5º e inciso V, do artigo 170, inseriu no ordenamento jurídico pátrio uma presunção absoluta: todos os consumidores são vulneráveis.

O reconhecimento da vulnerabilidade jurídica dos consumidores é o primeiro dos princípios arrolados como norteadores da Política Nacional de Relações de Consumo e incide em todas as relações consumeristas ainda que o consumidor, por vontade própria, ou por indução, pretenda afastá-lo.

É, portanto, a partir dessa vulnerabilidade pressuposta que toda a formulação de defesa normativa do consumidor foi erigida, no Brasil, a partir da década de 90 do século passado.

Não obstante, o Brasil conta hoje com uma plataforma – a consumidor.gov - que não prevê e não permite a participação de advogados na assessoria dos consumidores, permitindo, não raro, que o consumidor se veja em um ambiente administrativo desprovido de mediadores, conciliadores e, sozinho, diante de litigantes habituais.

A situação é por demais grave, tanto sob a ótica da tutela legal específica dos consumidores, como das prerrogativas da advocacia.

A condição dos advogados como essenciais à administração da Justiça está ampla e claramente consolidada no ordenamento jurídico brasileiro. Verticalmente, essa condição consta da Constituição Federal até a legislação piso da advocacia:

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 133, que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Garantia semelhante há no artigo 2º da Lei nº 8.906/1994 - Estatuto da Advocacia: “O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social (...)”.

Reiterando a garantia acima referida, consta do Código de Ética Profissional do Advogado, artigo 2º: “O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”.

Não há, portanto, como justificar a falta de previsão da participação de advogados na plataforma consumidor.gov, o que equivale a calar toda forma de tutela e proteção a que o consumidor tem direito.

É importante salientar que “calar e silenciar distinguem-se menos pelo plano a que se aplicam – plano humano ou da natureza – do que pelo tipo de instrumental expressivo – mensagem ou código – em que se cumprem suas ações⁹”.

Enquanto calar remete a uma ação humana, caracterizando-se como o resultado de um juízo sobre a oportunidade da palavra e, o que nos interessa aqui, sobre o instrumental da mensagem. Silenciar, por sua vez, pode ser uma escolha ou uma imposição da natureza, desprovida de juízo de força¹⁰.

Portanto, a situação da plataforma consumidor.gov somente pode ser interpretada como de agravamento da vulnerabilidade do consumidor por meio do ato de calar a advocacia.

⁹ LIMA, Luiz Costa. *Metamorfose do Silêncio. A Crise do Pensamento Moderno 1 – Revista Tempo Brasileiro*, vols 17 e 18. Rio de Janeiro: GB, 1968, p. 41.

¹⁰ LIMA, Luiz Costa. *Metamorfose do Silêncio. A Crise do Pensamento Moderno 1 – Revista Tempo Brasileiro*, vols 17 e 18. Rio de Janeiro: GB, 1968, pp. 42 a 45.

4 CONCLUSÃO

As observações aqui apresentadas apontam para um agravamento do estado de vulnerabilidade jurídica do consumidor, sobremaneira na hipótese de manutenção da ausência de opção para que o consumidor seja assistido por advogado na plataforma consumidor.gov.

Ainda que muitos consumidores sintam-se habilitados para a reclamação de seus direitos na plataforma mencionada, o Estado não pode calar a assistência advocatícia dos consumidores. Corre, igualmente, a obrigação de tutela dos consumidores que não possuem acesso à internet ou domínio de ferramentas de tecnologia.

A plataforma consumidor.gov, em que pese os seus resultados quantitativos de soluções de conflitos consumeristas, precisa avançar, deixando de servir como ferramenta com grande potencialidade lesiva ao acesso à Justiça pelos consumidores e promovendo, de modo efetivo e adensado, a sua tutela e a administração da Justiça, que têm na advocacia um status de essencialidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Boletim Consumidor.gov.br 2020**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 2.181/97**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em 29 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020.

LIMA, Luiz Costa. *Metamorfose do Silêncio. A Crise do Pensamento Moderno 1 – Revista Tempo Brasileiro*, vols 17 e 18. Rio de Janeiro: GB, 1968, p. 40-79.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. *In*: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Negociação, mediação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. **Pesquisa consumidor.gov.br**. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em 28 jun. 2021.

6. A tutela dos consumidores em Juízo

O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA QUALIFICADA: uma busca por decisões tempestivas, efetivas e justas nos JEC'S

Ricardo Albuquerque e Albuquerque*

Felipe de Alcântara Silva Estima*

Wdson Pyerre Soares Silva*

RESUMO: O presente estudo aborda uma perspectiva crítica com viés positivo no que diz respeito ao acesso à justiça por parte dos consumidores, dialogando especialmente com a importância e essencialidade de se ter a prestação jurisdicional de forma tempestiva, efetiva e justa, tanto no tocante aos procedimentos adotados quanto às decisões proferidas nessas demandas, especialmente em juizados especiais.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Consumidor. Decisão. Juizados especiais.

1 INTRODUÇÃO

Com o marco inicial da Constituição Federal de 1988, que resultou, especialmente, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor (1990) e na edição da Lei nº 9.099/1995 (criação dos juizados especiais cíveis e criminais), pode-se observar a evolução do direito consumerista com a possibilitação de acesso do consumidor à

* Advogado, professor, especialista em direito do consumidor e mestre em direito privado patrimonial pela Universidade de Salamanca. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor e coordenador da ESA da OAB/PE.

* Advogado e Secretário Adjunto da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA).

* Advogado, Conselheiro Estadual da OAB/PE, membro das Comissões de Defesa do Consumidor e Direito Sistêmico da OAB/PE.

justiça, tendo como princípio essencial a prestação jurisdicional tempestiva, efetiva e justa.

Assim, situa-se o consumidor num ambiente mais favorável à busca por seus direitos, tem-se, inicialmente, pela possibilidade de recorrer do Poder Judiciário, fazendo valer as normas protetivas consumeristas, mas, em seguida, verifica-se que a prestação jurisdicional dos juizados especiais se tornou exemplo de insegurança jurídica, máquina de prolação de sentenças infundadas para cumprimento de metas, procedimentos arbitrários e em afronta a legislação norteadora dos juizados (ex: conciliadores proferindo sentenças), usurpando do consumidor seu direito de obter um procedimento e decisão tempestiva, efetiva e justa.

Passando pelos meios de solução alternativa de litígios, bem como a sociedade virtualizada, chega-se a uma conclusão sugestiva que, além de alertar para os problemas identificados no âmbito dos juizados especiais, indica soluções palpáveis e realistas para que haja, ao menos, segurança jurídica aos consumidores e demais jurisdicionados quando tiverem que buscar a justiça especializada.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR E O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA

A evolução do mercado de consumo teve origem, pode-se dizer, na Inglaterra, em 1959, quando da criação da Comissão para elaborar uma política jurídica de proteção aos consumidores por meio do *Informe Molony*¹. Sem embargo, a nível mundial, tem-se como marco inicial a mensagem que o presidente Kennedy dirigiu ao Congresso norte-americano, no ano de 1962, tratando da proteção dos interesses dos consumidores e que, em seguida,

¹ DÍAZ ALABART, Silvia (Coord.) **Manual de Derecho de Consumo**. Editorial Reus, Madrid, 2016, p. 14. O *Informe Molony* diz respeito a criação de Normas para equilibrar as posições contratuais no mercado (desequilíbrio devido a produção de produtos, bens e contratos em massa no final dos Oitocentos).

acabou apoiada pelas associações americanas de consumidores, que começavam a ter importância social e econômica.

Paralelamente, as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça remontam, no que diz respeito ao mundo ocidental, a meados dos anos sessenta², tendo, segundo o mestre italiano Mauro Cappelletti, como primeira solução para o acesso a *assistência judiciária* (primeira onda³), seguida da segunda onda, onde se possibilitou a *representação jurídica para interesses difusos* (especialmente proteção ambiental e do consumidor), chegando, no final dos anos setenta, a terceira onda, o *enfoque de acesso à justiça* numa amplitude maior, incluindo no debate a advocacia privada ou pública, instituições, mecanismos e procedimentos repressivos e preventivos de disputas nas sociedades modernas⁴.

No Brasil, a evolução da proteção consumerista tem base constitucional, proteção expressa nos arts. 5º, XXXII e 170, V da CF/1988. Ainda, por meio do disposto no art. 48 do ADCT da CF/1988, o legislador determinou a edição do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), o que se deu por meio da Lei 8.078/1990 que, segundo grandes juristas, como a professora Cláudia Lima Marques, veio para mudar o

² CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 31. Notadamente por meio da publicação da *Society of Labour Lawyers, Justice for All*, em 1968.

³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 35. Nesse período, o sistema *judicare* aparece como o ponto principal das reformas em prol da assistência judiciária, em vários países, tais como: Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental, sendo a assistência um direito para as pessoas abrangidas pela legislação, onde o Estado realizava o pagamento pelo serviço prestado pelos advogados particulares. Segundo o autor: “A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é que a recebe”.

⁴ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 67-68.

mercado brasileiro, para dar maior qualidade nas relações privadas com ênfase à proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas⁵.

Diante da proteção consumerista emanada da Constituição de 1988 e criada em 1990, carecia ao consumidor brasileiro da possibilidade de dar efetividade aos seus direitos, especialmente no tocante ao acesso à justiça, ao Poder Judiciário, cuja mesma Constituição já previa a criação dos Juizados Especiais, em seu art. 98, I⁶, proteção que se fazia necessária frente aos abusos dos fornecedores e prestadores de serviços em face dos consumidores.

A criação dos juizados especiais cíveis e criminais por meio da Lei nº 9.099/1995 trouxe o efetivo acesso à justiça aos jurisdicionados, especialmente aos consumidores, permitindo ir a juízo para fazer valer as normas consumeristas protetivas previstas no CDC. Isto porque, a legislação referente aos juizados especiais em muito superou, por exemplo, as normas condutoras do juizado de pequenas causas (Lei nº 7.244/1984)⁷.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 61.

⁶ CF/1988, Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; Vale ressaltar a norma prevista no art. 24, X da CF/1988 e art. 5º, IV do CDC, que previa a criação do juizado de pequenas causas. Assim, na ordem cronológica de criação de acesso à justiça se pode mencionar os Conselhos de Conciliação e Arbitragem no Rio Grande do Sul (1982), Lei nº 7.244/1984 que criou o juizado de pequenas causas (1984) e a Lei nº 9.099/1995 dos juizados especiais cíveis e criminais.

⁷ Alguns dos tantos dispositivos contidos na Lei nº 9.099/1995 que preconizam o efetivo acesso à justiça: art. 9º (*Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória*); art. 13 – princípio da instrumentalidade das formas (*Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei*); art. 14 – possibilidade de pedido oral (O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado).

Todavia, com o passar dos anos os juizados foram adotando procedimentos diversos em cada localidade, como se estivessem criando um Código de Processo Civil próprio, trazendo insegurança jurídica aos jurisdicionados. Como exemplo, sentenças proferidas por conciliadores, grande volume de sentenças proferidas por juizados sem fundamentação devida, somente para cumprir com metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre tantos outros procedimentos infundados e, por vezes, ilegais.

3 DO ACESSO DO CONSUMIDOR À (IN)JUSTIÇA (IN)TEMPESTIVA

De proêmio, é importante frisar que os juizados especiais surgiram da necessidade de propiciar aos cidadãos o acesso à justiça de maneira célere, eficaz e simplificada, de forma a facilitar a solução de demandas relacionadas às causas de menor valor e pouca complexidade⁸.

Na oportunidade em que falamos de celeridade, urge destacar o princípio da duração razoável do processo, inserido como uma garantia fundamental processual, com intuito de que a decisão seja proferida em tempo razoável. No entanto, este princípio deve estar em consonância com os demais princípios constitucionais, notadamente quando deve prestar uma tutela jurisdicional de qualidade e justa ao cidadão. Portanto, não pode haver um processo célere, mas que possa ferir os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Em que pese a celeridade processual não possuir valor absoluto, a duração razoável é aquela que oferece um processo tempestivo, que a prestação jurisdicional seja concedida em tempo considerado razoável conforme o caso concreto. Observa-se que os processos de maior complexidade terão tramitações processuais mais longas, no entanto,

⁸ Conforme consta da justificção na Exposição de Motivos da Lei nº 9.099/1995.

processos considerados complexos não são admitidos nos juizados especiais cíveis, o que não justifica a morosidade dos juizados⁹.

Assim, conforme Ruy Barbosa¹⁰: *“Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”*

A dinâmica da Lei nº 9.099/1995 confere ao juiz leigo que estiver dirigindo a audiência de instrução, a possibilidade de proferir sua decisão e imediatamente submeter ao juiz togado para homologá-la. A sentença, por sua vez, deve mencionar os elementos que formaram a convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, sendo dispensado o relatório (artigo 38 e 40 da lei 9.99/1995).

Muito embora o rito do juizado especial seja capaz de produzir diversos benefícios, os jurisdicionados esbarram com o despreparo, muitas vezes, dos conciliadores, impactando no sucesso das audiências de instrução e julgamento e, ainda, são eles que por muitas vezes proferem as sentenças, resultando em decisões vagas e sem fundamentação, tendo em vista a ausência de experiência e preparo de muitos deles.

Se não bastasse, os advogados que atuam em diversas comarcas encontram obstáculo na prestação de serviços, uma vez que cada juizado especial cível adota um procedimento diferente, à guisa de exemplo, alguns juizados aceitam conciliação sem a presença do autor, somente com a presença do seu advogado, já em outros juizados isso não é possível, ocasionando uma latente insegurança jurídica.

⁹ Com relação aos Juizados Especiais Cíveis estaduais, através do Relatório Justiça em Números de 2020, observa-se que os processos em conhecimento duram em média 09 (nove) meses para sentença, 01 (um) ano e 06 (seis) meses para baixa e ficam em média 01 (um) ano e 10 (dez) meses pendentes. Já os processos em execução, duram em média 01 (um) ano e 02 (dois) meses para serem julgados, 01 (um) ano e 07 (sete) meses para serem baixados e ficam em média 02 (dois) anos e 03 (três) meses pendentes. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

¹⁰ BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Editora Papagaio, 2004, p. 47.

Ainda, existem as metas do CNJ, em busca de altos índices de prolação de sentença, o que por um lado resulta em celeridade processual, mas por outro lado afeta a qualidade das sentenças proferidas.

Assim, podemos observar que em que pese os juizados especiais tenham surgido para solucionar imbróglis de menor complexidade e de baixo valor, resultando em uma transição muito positiva para o acesso do consumidor ao judiciário, na maioria das vezes não atendem a prestação jurisdicional devida, resultando na banalização das decisões judiciais.

4 SOLUÇÕES PARA O ACESSO À JUSTIÇA QUALIFICADA E EFETIVA: decisões tempestivas, efetivas e justas nos JEC'S

A plataforma tecnológica disponibilizada para o consumidor (consumidor.gov.br), além do apoio dos PROCON's, contribuem para que o cidadão tenha o mínimo de amparo na busca da concretização dos direitos do consumidor. Mesmo com o aparato administrativo básico, os juizados especiais cíveis são a grande porta de entrada do cidadão em busca de se concretizar a justiça.

Pelos dados trazidos neste estudo, é notório que o Juizado Especial Cível necessita de um olhar mais apurado para suas peculiaridades e principalmente, para a efetiva prestação jurisdicional de qualidade e em tempo condizente com o rito que se propõe.

Como demonstrado no presente estudo, o procedimento que é adotado em determinada unidade judiciária, pode tornar o processo mais célere, de acordo com cada realidade. Entretanto, quando se flexibiliza num juizado os procedimentos dispostos em lei, os advogados e advogadas de outras regiões acabam prejudicados por não saberem como aquela determinada unidade jurisdicional atua, causando insegurança jurídica.

A problemática exposta acerca das dificuldades enfrentadas pelos advogados, advogadas e envolvidos em uma demanda, vão além do número global de demandas e decisões desproporcionais. A prática dos meios autocompositivos vêm ganhando espaço frente ao obstáculo

detectado pelo alto índice de demandas represadas no âmbito dos juizados especiais. Entretanto, ainda não se observa um maior investimento e a valorização destes meios por parte dos tribunais.

O investimento e incentivo de utilização das práticas alternativas de resolução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem), podem ser grandes contribuintes para o desafogamento dos JEC's, podendo proporcionar também, uma melhoria na qualidade das decisões, diante da diminuição de demandas para julgamento.

Os desafios para a advocacia na contemporaneidade são diversos, desde a adaptação à tecnologia e virtualização dos processos judiciais, até a realização de audiências e atos que até então, se reputavam imprescindíveis em suas concretizações por meio presencial (audiência de instrução e julgamento, por exemplo), sendo agora realizado por vídeo conferências, o que representa uma mudança de paradigma de tudo que estava até então solidificado como imutáveis.

Da mesma forma, o sistema de justiça também sofreu grandes modificações, com a realização de trabalhos telepresenciais. Servidores e magistrados em sua maioria trabalham via *home office*. É uma realidade que dificilmente voltará a ser como era antes.

Portanto, é importante conclamar a advocacia para discutir e contribuir para a formatação de um novo modelo de Juizado Especial Cível, pois, na maioria das vezes, é através do advogado e advogada que as demandas são propostas, sendo a advocacia indispensável à administração da justiça.

5 CONCLUSÃO

A uniformização dos procedimentos no âmbito dos juizados pode ser um fator determinante para que o próprio CNJ possa implementar políticas de gestão processual mais efetiva, sendo essencial a realização de estudo aprofundado da realidade em que os juizados especiais se encontram, para que o próprio Conselho, juntamente com as demais instituições

interessadas, possa elaborar melhorias necessárias ao acesso do consumidor à justiça, especialmente no tocante à prestação jurisdicional por meio de procedimento e decisões tempestivas, efetivas e justas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Editora Papagaio, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

DÍAZ ALABART, Silvia (Coord.). **Manual de Derecho de Consumo**. Editorial Reus, Madrid, 2016.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei n. 8.078 de 11.9.90. São Paulo: LTr, 1991.

O DIREITO DO CONSUMIDOR DE ACESSO À JUSTIÇA X RESOLUÇÃO N. 43/17 TJMA: a inconstitucionalidade da vinculação da resposta jurisdicional à submissão da demanda consumerista às plataformas de conciliação extrajudiciais

Hugo Assis Passos*

Sérgio Felipe de Melo Silva*

RESUMO: O artigo promove reflexões acerca do direito do consumidor de acesso à justiça. Estrutura-se numa análise constitucional do tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais. Investiga-se a pertinência constitucional da resolução n. 43/17 do TJMA. Reflete-se sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Analisa-se a tutela do consumidor enquanto direito fundamental. Conclui-se pela incompatibilidade constitucional da resolução supracitada.

1 INTRODUÇÃO

Promulgada sob a luz do espírito democrático-humanitário – sufocado por duas décadas dos governos militares –, a Constituição da

* Advogado, sócio do escritório Assis Passos sociedade de advocacia. Conselheiro Estadual da OAB/MA. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABMA. Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Mestre em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP; especialista em Direito Constitucional Aplicado - UNICEUMA; especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Maranhão. Professor de Direito da Universidade Estadual do Maranhão e em diversos cursos de pós-graduação.

* Advogado, Especialista em Direito Constitucional, Conselheiro Estadual da Jovem Advocacia da OAB/MA, Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB/MA, Secretário-Adjunto da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/MA.

República Federativa do Brasil (CRFB) elevou à condição de norma de direito e garantia fundamental uma série de anseios sociais, dentre os quais se encontram o acesso à justiça e a proteção do consumidor.

Enquanto direito e garantia fundamental domiciliada no topo da pirâmide normativa brasileira, ambas as citadas prerrogativas – à semelhança das demais prerrogativas fundamentais – são valores jurídico-objetivos, reitores da ordem jurídica, que estabelecem diretrizes e impulsos – inescusáveis – aos Poderes do Estado e particulares.

Após mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, foi publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA) a Resolução n. 43/17, que, em síntese, “recomenda”, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Maranhão, nas ações judiciais em que for admissível a autocomposição, na hipótese de que não tenha sido buscada na fase pré-processual, o juiz possibilite a busca da resolução do conflito por meio da plataforma pública digital”¹.

A partir da vigência do referido dispositivo, a magistratura maranhense, em massa, passou a suspender ou extinguir sem resolução do mérito as demandas consumeristas nas quais o consumidor não demonstrava o uso da plataforma digital consumidor.gov. Com efeito, diante das extinções sem resolução de mérito, inúmeros recursos foram levados ao cotejo do Tribunal como meio de insurgência às referidas decisões.

Deste cenário, surge o problema da pesquisa em apreço, qual seja: a resolução 43/17 é constitucional? Ou ainda: a resolução 43/17 viola o direito fundamental do acesso à Justiça e o Código de Defesa do Consumidor?

Como hipótese, levanta-se a incompatibilidade da resolução 43/17 com a Constituição de 1988 e que o referido condicionamento afronta o Código de Defesa do Consumidor.

Amparado em revisão bibliográfica e documental, operada a partir do método dedutivo, isto é, partindo de uma premissa geral para lograr a conclusão pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que viola o

¹ Art. 1º, da Res. 43/17 do TJMA.

núcleo essencial da norma de direito e garantia fundamental, em busca da resposta à questão, traçou-se objetivos específicos – objeto das seções que compõem o corpo deste artigo: 1) apontar o núcleo fundamental do direito de acesso à Justiça; 2) registrar o direito do consumidor como direito e garantia fundamental; 3) utilizar as reflexões extraídas da primeira e segunda seções e confrontá-las com o conteúdo da resolução, fazendo, assim, um juízo de constitucionalidade sobre o mesmo.

2 NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Primeiramente, importa ressaltar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é “a parcela de conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando de ser, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”, que opera como limite às limitações à plena eficácia das normas consagradoras de prerrogativas fundamentais².

Sendo assim, tendo o constituinte estabelecido como direito e garantia fundamental do cidadão que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito³”, a literatura especializada apresenta duas perspectivas sobre o direito de acesso à Justiça na ordem constitucional pátria.

A primeira, mais restritiva, o vê como exercício do direito de ação, ou seja, direito de demandar o Poder Público uma resposta à questão a ele posta. Já a segunda, “amplia a ideia de Acesso à Justiça para projetá-lo mais além da variável ligada à proponibilidade da ação ou à utilização do sistema judiciário. Para tanto, avalia-se todo o contexto sócio-político

² SARLET, I.W. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

³ Art. 5º, XXXV CRFB.

cultural e insere-se na análise o grau de informação jurídica e o nível de acessibilidade dos cidadãos aos direitos”⁴.

De qualquer modo, extrai-se da Constituição Brasileira de 1988 que todo cidadão tem direito de obter a prestação jurisdicional, posto ser o direito de pedir a proteção do Judiciário ou pleitear a tutela de determinados interesses que, definitivamente, não pode ser obstado. Trata-se de característica do regime democrático, juntamente com a defesa.⁵

Neste prisma, portanto, o acesso à Justiça é a “concretude da acessibilidade ao Judiciário e aos direitos positivados ou extraídos da ordem jurídica, que o definem” sendo este, portanto, o núcleo essencial o direito fundamental em questão⁶.

3 DIREITO DO CONSUMIDOR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Reconhecendo o consumo⁷ como essencial à dignidade da pessoa humana⁸ e ao efetivo exercício da cidadania⁹, o constituinte brasileiro

⁴ SALLES, B.M. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Tese. Doutorado: Santa Catarina, 2019.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a constituição**: comentários à Constituição Brasileira, volume. 1. Barueri, SP: Manole, 2005.

⁶ SALLES, B.M. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Tese. Doutorado: Santa Catarina, 2019.

⁷ Consumo como instrumento de acesso aos elementos indispensáveis à fruição daquilo que se considera vida com dignidade. Sobre a noção jurídico-brasileira a respeito do princípio (jurídico) da dignidade da pessoa humana, Cf. SARLET, I.W. **Dignidade da (Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019; MALUSCHKE, G. Dignidade Humana Princípio Ético-Jurídico. **Nomos, Rev. do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza/CE, n. 2, v. 27, p. 95-117, jun./dez. 2007.

⁸ Sobre o consumo como elemento da dignidade da pessoa humana, Cf. MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 54.

⁹ Sobre o consumo como pré-condição da condição cidadã e ao exercício da cidadania, Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Gedisa,

elevou à categoria dos direitos e garantias fundamentais os direitos do consumidor, impondo ao Estado e aos particulares¹⁰ a – inescusável – obrigação de promover a defesa do consumidor e a elaborar o Código de Defesa do Consumidor – marco legal da tutela consumerista – À busca do equilíbrio na relação mercantil entre àquele que adquire produto/serviço no mercado de consumo¹¹ para satisfação de necessidade ou interesse não-mercantil e o mercador profissional que o abastecer.

Sob a CRFB e o Supremo Tribunal Federal (STF), a Lei Fundamental do Consumidor, o CDC, é o instrumento que confere à defesa do consumidor a densidade normativa necessária à sua consagração fática enquanto direito e garantia fundamental. Nesse sentido, sendo o CDC expediente realizador de matéria pertinente ao núcleo de interesses essenciais da nossa ordem jurídica, o direito fundamental à defesa do consumidor, faz jus à alcinha de norma de ordem pública. Por conseguinte, impõe-se frente à autonomia da vontade e o poder soberano do Estado, como fator limitante. Ademais, “o CDC constitui

2000, p. 76 e ss.; BELLO FILHO, N. **Interlúdio**: Pós-modernidade, Direito e Sociedade. São Luís: Edições AML, 2012, p. 22-25.

¹⁰ Em homenagem à eficácia horizontal do princípio da defesa do consumidor, corolário à sua descendência constitucional, cumpre acentuar que a tutela jusfundamental dos consumidores também é dever fundamental dos entes privados (pessoas físicas e jurídicas). Sobre eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais, Cf. SILVA, V.A. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 66 e ss.; SARLET, I.W. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 392 e ss; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 528 e ss.

¹¹ “Mercado de consumo é o espaço ideal e não institucional, onde se desenvolvem atividades de troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando, por um lado, à obtenção de vantagens econômicas (por parte dos fornecedores), e por outro a satisfação da necessidade pela aquisição ou utilização destes produtos e serviços (por parte dos consumidores). Trata-se de um espaço não institucional em face de seu caráter não formal e independente de estrutura pré-determinada (o ser)” (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2014).

verdadeiramente uma lei de função social”, porquanto “visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado”, esta lei “intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia privada”, impondo-se, face à estas como novel paradigma de conduta, transformador da realidade social e jurídica a elas subjacente.¹²

Portanto, os princípios e regras capituladas no CDC gozam de força normativa típica de norma de direito e garantia fundamental, ou seja, vinculam os Poderes Públicos e os particulares, além, é claro, de prevalecer sobre as normas legais e infra legais, não podendo estas, em nenhuma hipótese, conflitar com o conteúdo essencial das normas de curatela do consumidor.

4 CONCLUSÃO: Inconstitucionalidade da Resolução 43/17

Com base nos dados extraídos do estudo sobre os direitos de acesso à Justiça e do consumidor, conclui-se que o direito do consumidor de acessar a Justiça engloba a efetiva prestação jurisdicional.

Para a qual é imprescindível a implementação dos princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais, o direito de eleger o foro de resolução da querela – art. 101, do CDC.

Ao obrigar o consumidor a pleitear a tutela dos seus direitos primeiramente na esfera administrativa, ao revés, limitando o livre arbítrio de foro que outorgado pelo CDC, o judiciário viola a Constituição, sendo, portanto, a resolução inconstitucional.

É inadmissível que um direito fundamental seja limitado via resolução de tribunal. Ainda que não sejam absolutamente invioláveis ou ilimitados, os direitos fundamentais detêm força normativa superior a demais normas – legais e constitucionais –, de modo que, para limitá-las,

¹² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

somente outra norma de direito fundamental ou uma norma constitucional que autorize a limitação.

Portanto, a Resolução 43/17, assim como as que a ela se assemelham em conteúdo, são inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Gedisa, 2000.

BELLO FILHO, N. **Interlúdio: Pós-modernidade, Direito e Sociedade**. São Luís: Edições AML, 2012.

MALUSCHKE, G. **Dignidade Humana Princípio Ético-Jurídico**. Nomos, Rev. do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza/CE, n. 2, v. 27, p. 95-117, jun./dez. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira**, volume. 1. Barueri, SP: Manole, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da (Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Tese. Doutorado: Santa Catarina, 2019.

SILVA. Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

A PANDEMIA DA COVID-19 E A REVISÃO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Fabiano Daniel Both*

Maria Alice Trentini Lahoz*

Mayara Evelyn Gevaerd de Barcelos*

RESUMO: As relações contratuais privadas são firmadas para criar deveres e obrigações de forma justa e proporcional entre as partes, razão pela qual a revisão contratual é permitida apenas em situações excepcionais. No imprevisível cenário da pandemia da Covid-19, que trouxe notório desequilíbrio a muitas relações de consumo, a intervenção do Poder Judiciário se fez (e se faz) necessária para evitar vantagens ou onerosidades excessivas aos contratantes.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 trouxe forte impacto sobre a economia, uma vez que a paralisação de atividades empresariais e comerciais fez com que muitos brasileiros tivessem sua renda abruptamente diminuída ou cessada. Por consequência, a detração econômica refletiu nas relações consumeristas.

Nesse panorama de mudança das condições existentes ao tempo da contratação, muitos consumidores não conseguiram cumprir com as responsabilidades previamente assumidas e buscaram, junto a seus fornecedores, alternativas que flexibilizassem e tornassem possível o

* Advogado. Pós graduado *lato sensu* com especialização em Direito Civil e Empresarial (Damásio). Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SC.

* Advogada. Pós-graduada *lato sensu* com especialização em Direito do Consumidor (IBMEC). Vice-presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SC.

* Advogada. Pós-graduada *lato sensu* com especialização em Direito de Família e Sucessões (Anhanguera). Secretária da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SC.

adimplemento das obrigações. Acontece que, também fragilizados pelo contexto vivenciado e no intuito de não perder a única suposta garantia que ainda possuíam (o contrato), grande parte dos fornecedores negou alterar ou rescindir o que já estava entabulado.

Surge então um impasse: a pandemia poderia justificar a alteração dos contratos já existentes? O presente estudo não esgotará o tema, mas buscará apresentar algumas das soluções já encontradas pelos tribunais brasileiros, notadamente no âmbito consumerista.

2 CONTRATOS E SUA REVISÃO NA PANDEMIA

A realização de um contrato pressupõe equilíbrio entre as partes (com a distribuição equânime de direitos e obrigações) e confere segurança jurídica à relação. Tal segurança jurídica é instrumentalizada pelo princípio do *pacta sunt servanda*, com o qual as obrigações pactuadas adquirem força vinculante, ou seja, “o contrato faz lei entre as partes” e sua interpretação não deve transcender os limites do pacto¹. Ocorre que o *pacta sunt servanda* não é absoluto, pois cede aos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como à *rebus sic stantibus*², ou situação existente na celebração (ZUNINO NETO, 1999).

Nas relações de consumo o equilíbrio negocial é afetado com certa frequência, sobretudo em situações extremas, como a pandemia. Nesta hipótese, com a obrigação se tornando excessivamente onerosa de uma das partes e extremamente vantajosa para a outra, em virtude do acontecimento extraordinário e imprevisível que é a pandemia, pode o

¹ O Código Civil reforça esse princípio e estabelece, em seu artigo 421, que nas relações contratuais privadas prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

² O *rebus sic stantibus* é a cláusula que determina que a influência de fatores externos à relação contratual também podem alterar as circunstâncias fáticas que existiam ao tempo da formação do contrato.

prejudicado pleitear a alteração ou a resolução do contrato na forma dos artigos 478 e 479, do Código Civil.

Em paralelo, o Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu artigo 6º, inciso V, que é direito básico do consumidor “a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Trata-se de possibilidade de revisão de cláusulas já onerosas na sua confecção ou que se tornem onerosas posteriormente ao negócio.

Neste consorte, pode-se dizer que a pandemia de coronavírus se enquadrada em um acontecimento extraordinário e imprevisível que, via de regra, autoriza a revisão contratual - tanto por vício em sua formação, quanto pela teoria da imprevisão (LEITE, 2020), notadamente quando se fala de relações de consumo. Isso porque, na medida em que a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor são presumidas (o que se agrava durante a crise econômica transnacional vivenciada), torna-se possível a mitigação do *pacta sunt servanda*.

3 A PANDEMIA COMO SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA E NÃO ABSOLUTA PARA A REVISÃO CONTRATUAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR

É cediço que são a autonomia da vontade e a força exclusiva da contratação que impõem aos interessados, de um lado, a faculdade de contratarem; e de outro, o dever de cumprirem o disposto na contratação (ZUNINO NETO, 1999). Tendo isso em vista, os contratos privados, em regra, permanecem incólumes, com suas disposições imutáveis e fielmente cumpridas pelas partes – salvo se os contratantes consentirem mutuamente com eventual modificação ou se verificada alguma das já citadas hipóteses excepcionais de revisão elencadas pelo Código Civil e/ou pelo Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema, Benjamin, Marques e Miragem (2019) lecionam que a revisão contratual no âmbito consumerista ocorre *a posteriori*, quando o negócio já está formalizado, mas seu resultado não é equânime. A proibição de cláusulas abusivas, norma de ordem pública e imperativa, visa reestabelecer o equilíbrio, compensando a vulnerabilidade do consumidor e promovendo sua vontade em detrimento do fornecedor. Repisa-se, no entanto, que não é qualquer contrato nem qualquer imprevisto que possibilita a revisão, nem mesmo sob o subterfúgio da pandemia.

A pandemia da Covid-19 certamente é evento imprevisível que fornecedores e consumidores não poderiam premeditar. Todavia, não se pode atribuir a qualidade de extraordinário ao risco assumido no contrato em que as partes já estavam cientes da possibilidade de ocorrer, como é o caso dos negócios firmados no curso da pandemia, quando a situação já era de conhecimento geral, inexistindo imprevisibilidade (SANTA CATARINA, 2021). Sem prejuízo, a teoria da imprevisão também não se vislumbra em favor de negócio fadado ao fracasso já na pré-pandemia; e muito menos se fundada em fatos que, por mais imprevisíveis que sejam, não aumentem o sacrifício de um e tampouco provoquem excessiva vantagem de outro.

É mister registrar que os efeitos da crise instalada pela pandemia estão afetando a todos, isto é, não necessariamente apenas o consumidor está sofrendo as consequências adversas das circunstâncias atuais, mas também pode o fornecedor, em razão da paralisação de sua atividade e/ou diversos outros motivos, estar passando por situação tão ou mais grave.

4 A REVISÃO CONTRATUAL PELA PANDEMIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A incerteza sobre a possibilidade de revisão/resolução de contratos de consumo diante do contexto inédito acarretado pelo coronavírus culminou no ajuizamento recorde de ações judiciais para rediscussão de negócios jurídicos, especialmente aqueles de trato

continuado. Adianta-se, desde já, que os tribunais pátrios ainda não confluíram um entendimento pacífico.

O primeiro precedente a ser citado diz respeito à decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 0355413-13.2020.8.09.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, onde o julgador utiliza a imprevisão e a excepcionalidade da pandemia da Covid-19 para justificar a intervenção do Poder Judiciário, explicando que o princípio do *pacta sunt servanda* pode ser mitigado em razão da situação vivenciada.

[...] I - É certo que nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. II - Assim, **age com acerto o magistrado que ao sopesar a situação de excepcionalidade vivida, devido à pandemia gerada pelo COVID-19, reconhece o desequilíbrio contratual entre as partes, de modo a mitigar o princípio da pacta sunt servanda (artigos 478, do Código Civil e artigo 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor) e determina que as mensalidades sejam reduzidas não no valor pretendido, mas em montante que encontra fundamento nos princípios da cooperação e da razoabilidade**, uma vez que as atividades práticas presenciais, que não são viabilizadas on line estão suspensas, permitindo que a intervenção do Judiciário do modo como feita evite a extrema vantagem para um dos contratantes e onerosidade excessiva para o outro em razão do mesmo cenário. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA (grifos nossos).

No mesmo sentido, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0077366-18.2020.8.19.0000, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afigurou-se como razoável a revisão de contrato de serviço educacional, em razão da evidente necessidade de diminuição da carga horária do curso, por não serem realizadas aulas práticas presenciais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. PRETENSÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL. GRADUAÇÃO EM MEDICINA. **SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS. PANDEMIA "COVID-19"**. RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA. 1º RECORRENTE QUE CURSA O 2º PERÍODO DA GRADUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DAS AULAS PRÁTICAS QUE ENSEJOU NA REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA DO ESTUDANTE DE 560 HORAS PARA 160 HORAS. **ROMPIMENTO DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO. REVISÃO DO CONTRATO QUE É DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, V DO CDC. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E IGUALDADE SUBSTANCIAL. QUEBRA NO SINALAGMA. CRISE SANITÁRIA. FATO SUPERVENIENTE. SUSPENSÃO DAS AULAS PRESENCIAIS, SEM REDUÇÃO NO VALOR DAS MENSALIDADES, REFLETE ONEROSIDADE EXCESSIVA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELA RECORRIDA, POR FORÇA MAIOR OU FATO DO PRÍNCIPE, QUE SE TORNOU TEMPORARIAMENTE IMPOSSÍVEL. À MINGUA DAS DESPESAS COM READAPTAÇÃO DO SISTEMA DE ENSINO, NÃO SE REVELA JUSTO E RAZOÁVEL A MANUTENÇÃO DO VALOR INTEGRAL DAS MENSALIDADES. RATEIO DOS ÔNUS DECORRENTES DO INFORTÚNIO. [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (nossos grifos).**

Lado outro, indo de encontro aos precedentes supra, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 5021210-81.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, entendeu-se que pandemia atingiu tanto o consumidor, quanto o fornecedor, não se podendo invocar referida tese para a interferência no negócio jurídico estabelecido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...]. **INVOCADA TEORIA DA IMPREVISÃO À READEQUAÇÃO DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO SOB O ARGUMENTO DE QUE A PANDEMIA DO CORONA VÍRUS (COVID-19) PREJUDICOU**

SIGNIFICATIVAMENTE OS SEUS RENDIMENTOS. TESE INSUBSISTENTE. SITUAÇÃO QUE ATINGE AMBOS OS CONTRATANTES. ONEROSIDADE EXCESSIVA E ÁLEA EXTRAORDINÁRIA NÃO DEMONSTRADAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (grifo nosso).

Também defendendo a não intervenção judicial, colhe-se o entendimento exarado na decisão proferida em sede da Apelação Cível n. 1056647-91.2020.8.26.0100, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (grifo nosso):

APELAÇÃO. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. "Contrato de uso do sistema de distribuição de energia elétrica". Ajuste que prevê a obrigatoriedade de aquisição e faturamento do volume mínimo de energia elétrica contratada. Pretensão de que, enquanto perdurar a pandemia, a emissão das faturas leve em consideração a energia efetivamente consumida. A mera dificuldade financeira do consumidor não é suporte para o descumprimento das obrigações sem as consequências da mora ou do inadimplemento. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão em função da pandemia do COVID-19. O estado de pandemia não pode, por si só, servir de apoio para revisão dos negócios firmados. Questão analisada por esta C. Câmara nos autos do Agravo de Instrumento nº 2174726-21.2020.8.26.0000. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

A amostra jurisprudencial evidentemente é pequena, mas reflete a incerteza jurídica que paira sobre a matéria, já que efetivamente ainda não há consenso dos tribunais de justiça e tampouco há, por ora, expectativa de pacificação pelas cortes superiores.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa proposta intuiu analisar a (im)possibilidade de revisão de contratos (especialmente em relações de consumo), diante da

situação imprevisível da pandemia da Covid-19, que trouxe severos efeitos econômicos à coletividade dos consumidores brasileiros.

Restou demonstrado que a legislação brasileira, notadamente por meio do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu a possibilidade de revisão e até mesmo resolução de contratos, permitindo a relativização do princípio do *pacta sunt servanda* em situações excepcionais, quais sejam, quando existirem cláusulas abusivas em sua formação ou quando restar demonstrada a superveniência de fatos que tornem impossível o cumprimento do contrato, tornando-o excessivamente oneroso a uma das partes e extremamente vantajoso à outra.

Em que pese a possibilidade legalmente prevista, as inúmeras demandas judiciais já propostas ainda não culminaram em um entendimento pacífico dos tribunais brasileiros. A jurisprudência sobre a matéria vem se moldando, ora permitindo a revisão, ora vedando-a, sobretudo ao considerar o ineditismo do contexto pandêmico, o qual afeta fornecedores tanto quanto consumidores.

Pode-se afirmar, em suma, que a revisão/resolução encontra forte balizamento legal, mas caberá ao interessado demonstrar, estreme de dúvidas, a excessiva onerosidade que suporta e a vantagem extrema que beneficia a outra parte ou, ainda, a abusividade já presente no momento de formação do pacto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0355413-13.2020.8.09.0000**. Relator: Des. Fausto Moreira Diniz, Sexta Câmara Cível, j. 11-03-2021.

LEITE, Carlos Alberto Moura. Teoria da imprevisão - Coronavírus. **Migalhas**, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao---coronavirus>. Acesso em: 29 jun. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0077366-18.2020.8.19.0000**. Relator: Des. Francisco de Assis Peçanha Filho, Quarta Câmara Cível, j. 10-03-2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 5021210-81.2020.8.24.0000**. Relator: Des. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 22-10-2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança Cível n. 5040409-89.2020.8.24.0000**. Relator: Des. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 04-05-2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1056647-91.2020.8.26.0100**. Relator: Des. Afonso Bráz, Décima Sétima Câmara de Direito Privado, j. 18-02-2021.

ZUNINO NETO, Nelson. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem. **Revista Jus Navigandi**, 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>. Acesso em: 02 jul. 2021.

A TUTELA JURISDICIONAL AO CONSUMIDOR PASSAGEIRO AÉREO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Luciana Rodrigues Atheniense*

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento*

RESUMO: Estamos vivenciando um momento de incerteza com a pandemia de Covid-19 que assola o Brasil e o mundo. Dentro desse contexto, o consumidor/passageiro aéreo tem tido dificuldades ao exercer seu direito de cancelar viagens e, sendo a parte vulnerável, não pode suportar as consequências econômicas pelo abalo financeiro do sistema aéreo. Apresentamos aqui legislações que tutelam os direitos dos passageiros na relação contratual em face das companhias aéreas.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Direito do Consumidor. Companhias aéreas. Covid-19. Desistência da viagem, consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou a pandemia da Covid-19 em março de 2020. Desde então houve mudanças e,

* Mestre em Direito Comunitário e da Integração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Secretária-Geral da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB Nacional. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Sócia do escritório Aristoteles Atheniense Advogados.

* Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Colaboradora da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB Nacional. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/MG 4ª Subseção 2013/2018. Advogada. Professora Universitária.

consequentemente, a necessidade de adaptação na relação contratual que envolve consumidor e fornecedor.

Na prestação dos serviços aéreos durante a pandemia houve grande impacto no que concerne à alteração contratual entre as partes.

Tratamos aqui de uma análise em relação às leis e medidas sobre os direitos e deveres dos consumidores/passageiros durante a pandemia, principalmente no tocante às mudanças contratuais vigentes, com atenção à abusividade existente em relação aos direitos dos passageiros, diante da necessidade da desistência da viagem aérea com fundado receio de contaminação em se tratando de regiões que permanecem com o índice de contaminação elevado e se veem obrigados a arcar com multas contratuais elevadas.

2 A PANDEMIA DA COVID-19 E OS DIREITOS DOS PASSAGEIROS AÉREOS

Nos meses de janeiro e fevereiro de 2020, alguns países identificaram a presença do novo coronavírus e a gravidade devido ao rápido contágio. Em 26 de fevereiro de 2020, o governo brasileiro confirmou, na cidade de São Paulo, o primeiro caso de Covid-19 no país. Em 11 de março de 2020, a OMS declarou a pandemia da Covid-19.

Diante dessa situação, os consumidores/passageiros aéreos viram-se obrigados a desistir ou a remarcar suas passagens, temendo contrair o novo coronavírus nos aeroportos, aeronaves ou nos seus destinos. As empresas aéreas, porém, não passaram informações de forma clara e precisa de como deveriam ser realizados os procedimentos para alteração contratual ou rescisão do contrato.

Os brasileiros que planejavam viajar para o exterior durante a pandemia tiveram a recomendação das autoridades de que somente o fizessem se houvesse extrema necessidade. Foram eles ainda orientados a consultar quais procedimentos e medidas as empresas aéreas estavam

adotando, inclusive para comprar o bilhete, efetuar o *check-in* e ainda sobre o uso de máscara e distanciamento social nas aeronaves e nos aeroportos.

3 A LEGISLAÇÃO SOBRE O TRANSPORTE AÉREO NA PANDEMIA

Durante a pandemia da Covid-19, muitas foram as mudanças na legislação com relação a passageiros e companhias aéreas, nem sempre benéficas ao consumidor/passageiro.

A Medida Provisória n. 925 foi editada em 18 de março de 2020, dispondo sobre regras emergenciais para a aviação civil brasileira em virtude da citada pandemia. Essa MP estabeleceu direitos e deveres em relação às empresas aéreas que cancelavam os voos e aos consumidores que queriam remarcar ou cancelar suas viagens. O intuito foi estimular o consumidor/passageiro a manter o vínculo contratual com as companhias aéreas, tendo disponibilidade de crédito pelo prazo de 12 meses, a contar da data do voo contratado, sem impor penalidade contratual.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em 13 de maio de 2020, editou a Resolução n. 556, que flexibilizou a aplicação de dispositivos da Resolução n. 400/2016 – Condições Gerais do Transporte Aéreo – em decorrência dos efeitos da pandemia da Covid-19, abrangendo voos domésticos e internacionais programados até 31 de dezembro de 2020, conforme se vê a seguir:

1-O transportador deve comunicar ao passageiro, com antecedência mínima de 24 horas, sobre eventual alteração programada do voo.

2-A assistência material fica assegurada ao passageiro em território nacional, exceto nos casos de fechamento de fronteiras e de aeroportos por determinação de autoridades.

3-As manifestações dos passageiros devem ser respondidas em até 15 dias nos canais eletrônicos de atendimento da empresa aérea e no Consumidor.gov.br.

4-Nos casos de alteração programada, atraso, cancelamento ou interrupção do voo, fica assegurada a

reacomodação do passageiro em voo de terceiro, quando não houver disponibilidade de voo da própria empresa.

A ANAC prorrogou, em 08 de dezembro de 2020, a flexibilização mencionada até 30 de outubro de 2021.

A Medida Provisória n. 925 foi convertida em Lei n. 14.034, em 05 de agosto de 2020, prevendo medidas emergenciais para a aviação civil brasileira, em razão da pandemia da Covid-19, e alterando a Lei n. 7.565 – Código Brasileiro da Aeronáutica. Essa Lei acarreta um forte impacto nos direitos dos consumidores/passageiros aéreos, sendo que alguns deles irão perdurar para além da pandemia do novo coronavírus.

A Lei n. 14.034/2020 insere, no Código citado, dispositivo legal que regulamenta o dano extrapatrimonial, sendo que, para fins de indenização pelo transportador em virtude de falha na prestação do serviço, deve o consumidor/passageiro demonstrar a efetiva ocorrência do prejuízo e a sua extensão. Essa espécie de dano, entretanto, não é de prova fácil, tendo natureza subjetiva.

Portanto, dificilmente será possível a demonstração do dano moral desse consumidor, como provar sua aflição e descontentamento pelo descaso ao qual foi submetido pela empresa aérea ao negar ou demorar a fornecer assistência material, ou não prestar as devidas informações em relação ao cancelamento, atraso ou interrupção do voo contratado.

Foram criadas, também, hipóteses de caso fortuito ou de força maior visando afastar a responsabilidade das empresas aéreas, o que vai além da pandemia da Covid-19, tais como a restrição ao pouso ou à decolagem, decorrentes de condições meteorológicas adversas impostas por órgão do sistema de controle do espaço aéreo, de determinações emanadas de autoridades ou, ainda, de indisponibilidade da infraestrutura aeroportuária.

A Medida Provisória n. 1.024/2020 foi editada em 31 de dezembro de 2020, com o objetivo de ampliar as regras emergenciais de

reembolso e de concessão de crédito até 31 de dezembro de 2021, disciplinada pela Lei n. 14.034/2020.

Em 17 de junho de 2021, foi editada a Lei nº 14.174/2021 que converteu a MP 1024/2020, alterando a Lei 14.034/2020.

4 O TRANSPORTE AÉREO E O PREJUÍZO DO PASSAGEIRO QUE DESISTE DA VIAGEM DURANTE A PANDEMIA

A pandemia da Covid-19 atingiu tanto consumidores/passageiros quanto as empresas aéreas, porém, ainda que em situação de crise, a vulnerabilidade do primeiro em relação ao segundo deve permanecer inabalável.

As várias Medidas Provisórias, Leis e Resoluções editadas durante o período da pandemia tendem a favorecer as empresas aéreas, ainda mais ao estabelecer o prazo de 12 meses para a restituição do valor pago pelo consumidor/passageiro em caso de cancelamento do voo pela empresa.

A vulnerabilidade do consumidor/passageiro é ainda maior nos casos que, durante o período da pandemia, resolve desistir do trecho aéreo contratado, pois estará vinculado à multa contratual que está sendo arbitrada em valores abusivos por parte das empresas aéreas, o que é inadmissível, tendo em vista que o cancelamento não decorre da vontade própria do consumidor, mas sim, da situação que assola o mundo e do temor da contaminação.

Desde a decretação da pandemia, o consumidor está receoso em viajar, buscando preservar a sua saúde, estando ele devidamente tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º: “São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde...”, devido à possibilidade da transmissão da Covid-19 nos aeroportos, dentro das aeronaves ou no destino.

De acordo com Rizzatto Nunes, em “O coronavírus e as viagens e hospedagens: os direitos envolvidos”:

“Os consumidores que cancelam os voos marcados ou mudam a data da viagem também não podem ser responsabilizados, estando livres do pagamento de multas e, aliás, se não puderem mais viajar, podem simplesmente pedir o reembolso dos valores pagos.(...) Sei que há outros argumentos a favor do consumidor como, por exemplo, o de referência ao inciso V do art. 6º do CDC, que dispõe ser direito básico do consumidor "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". Tudo bem. É mais um argumento favorável, mas penso que a constatação da existência de um caso fortuito externo que atinge a relação jurídica de consumo como um todo é suficiente para resolver a situação”.

Nesse sentido, a Turma Recursal de Belo Horizonte, por unanimidade, manteve a sentença que considerou abusiva a imposição de multas ao passageiro que cancelou a viagem durante o período da pandemia.

EMENTA: CANCELAMENTO DO VOO - PANDEMIA COVID-19 - NEGATIVA DE REEMBOLSO POR VIAS ADMINISTRATIVAS - REEMBOLSO DEVIDO - MULTA CONTRATUAL NÃO APLICÁVEL - CANCELAMENTO NÃO REQUERIDO PELA PARTE AUTORA MAS OCORRIDO EM RAZÃO DE PANDEMIA - VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA COMPANHIA AÉREA - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. (...) Nestes termos, ainda que o cancelamento dos voos por motivos de força maior tenha afastado o dever de indenizar a parte autora por eventuais danos morais, não se exige a companhia aérea recorrente de restituir o valor pago pelas passagens, sendo inconteste que a cobrança de multa contratual frente à parte recorrida se mostra indevida, haja vista que o cancelamento não ocorreu por requerimento da parte autora, mas sim em razão de uma pandemia mundial. Ademais, uma vez que o serviço contratado deixou de ser prestado, deve a companhia aérea realizar a restituição integral dos valores, sob pena de enriquecimento ilícito (Processo 5073724-42.2020.8.13.0024, 1º Titular TR -

Portanto, os passageiros aéreos têm direito à rescisão contratual, sem qualquer ônus, constituindo a negativa por parte da empresa aérea uma prática desarrazoada e abusiva, uma vez que tal pedido não decorre de capricho, mas, sim, dos gravíssimos problemas resultantes dessa pandemia.

Essa mesma lei, determina ao consumidor que desiste de viajar a opção de obter crédito, perante o transportador, de valor correspondente ao da passagem aérea, sem incidência de quaisquer penalidades contratuais, o qual poderá ser utilizado, em nome próprio ou de terceiro, para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador, em até 18 (dezoito) meses, contados de seu recebimento.

Essa opção nem sempre é aceita pelo consumidor, já que muitos ainda não foram imunizados com a vacina contra Covid 19, que continuam receosos de realizar viagem aéreas doméstica ou internacional durante a pandemia

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS COMPANHIAS AÉREAS RELATIVA AOS DIREITOS ANEXOS E ASSISTÊNCIA MATERIAL DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

A atual doutrina e jurisprudência entendem que, para a caracterização do caso fortuito ou força maior, é necessário analisar se trata-se de fortuito interno ou externo, sendo que o fortuito externo afasta a responsabilidade, mas o fortuito interno não afasta a responsabilidade do agente, por estar envolvido no risco da atividade desempenhada.

A pandemia do novo coronavírus impôs uma análise pontual de cada situação concreta, com a finalidade de se verificar a responsabilidade civil da empresa aérea.

Mesmo que se admita que a pandemia é um caso fortuito externo, que autoriza as empresas aéreas a interromper os voos – prestação principal, tal fato não é capaz de impedir o fornecimento dos deveres acessórios à obrigação principal nesse tipo de contrato de transporte, como o direito à informação, à assistência, à orientação e à qualidade do serviço contratado, principalmente em trechos internacionais. A falta dessas condições pode levar as companhias aéreas a incorrerem em falha na prestação dos serviços, em conformidade com o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, terem que responder pelos danos causados aos consumidores.

O doutrinador Bruno Miragem, em seu estudo *Nota Relativa à Pandemia de Coronavírus e Suas Repercussões sobre os Contratos e a Responsabilidade Civil*, ressaltou a responsabilidade da empresa aérea em relação aos deveres acessórios e anexos:

Há, na relação de consumo, deveres acessórios e anexos reconhecidos, que não dependem, necessariamente, da possibilidade ou não de cumprimento da prestação principal. O exemplo mais candente, nas situações geradas pela pandemia do coronavírus, diz respeito ao contrato de transporte aéreo. O cancelamento ou retardamento de voos ordenado por medidas de polícia é hipótese clara de impossibilidade por fato não imputável ao transportador. Isso não o exonera, contudo, dos deveres acessórios em relação aos passageiros, como é o caso de providenciar hospedagem e alimentação pelo período da interrupção, e de concluir o transporte por outro meio. O que aliás não apenas exsurge do dever genérico de qualidade do serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor, como também de regras específicas do contrato de transporte (art. 741 do Código Civil (LGL\2002\400))¹⁷ tomando como obrigação de resultado. A violação destes deveres, que independem da prestação principal, geram responsabilidade do fornecedor.

Em virtude da redução da malha aérea durante a pandemia, nem sempre as empresas estão comunicando, previamente, ao consumidor a

alteração dos trajetos contratados. Caso o voo seja cancelado, é comum a companhia aérea remarcar em datas distintas ao contratado e negam arbitrariamente a endossar o bilhete para outras empresas que continuam operando regularmente nos dias escolhidos pelo passageiro. Além disso, é usual não fornecer a devida assistência material ao consumidor em situações que envolvam atraso/cancelamento de voo, interrupção de serviço ou preterição do passageiro.

Recentes decisões judiciais já abarcaram o entendimento de que a companhia aérea deve responder pelos deveres anexos e assistência material ao passageiro, independente da alteração da “malha aérea” motivada pela pandemia da COVID-19, seja em voos nacionais ou internacionais.

Turma Recursal de Jurisdição Exclusiva de Belo Horizonte, Betim e Contagem (TJMG) Recurso Inominado: 5057810-35.2020.8.13.0024 da Comarca de Belo Horizonte Relator: WAGNER SANA DUARTE MORAIS, Julgamento em 12/05/2021

Turma Recursal Única da Comarca Alta Floresta /MT Recurso Inominado 10000642-20.2021.8.11.0007 Juíza Lamisse Roder Correa sentença 01/07/2020

JECSP processo 1003367-02-2021.8.26.0609, Comarca de Taboão da Serra, Juiz JESP Juiza Carolina Couti Reed , sentença 10/06/2021

TJSP APELAÇÃO N. 1072996-72.2020.8.26.0100 COMARCA: SÃO PAULO FORO CENTRAL CÍVEL. Rel. Desemb. JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA Julgamento em 03/05/2021

TJSP Apelação Cível nº 1007665-46.2020.8.26.0003, da Comarca de São Paulo Des. VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Julgamento em 01/02/2021.

JECPR; Processo nº 0021276-08.2020.8.16.0021; Cascavel; Segunda Turma Recursal; Rel. Juiz Maurício Pereira Doutor; Julgamento em. 30/04/2021; DJPR 01/05/2021

Nessas situações, o consumidor/passageiro tem conseguido provar a falha na prestação de serviços das companhias aéreas, e que as mesmas tem sofrido condenações de reparação de danos morais, pois, mais do que nunca, num período tão turbulento para todos como esse da pandemia de Covid-19, o fornecedor de serviços tem que manter os seus contratos nos limites dos Princípios da Boa Fé, da Transparência e da Informação, que são basilares em todas as relações de consumo.

6 CONCLUSÃO

As empresas aéreas e os consumidores/passageiros têm sofrido com os efeitos econômicos da pandemia da Covid-19. Neste período, novas leis e protocolos sanitários foram impostos nos ambientes aeroportuários e nas aeronaves, a fim de evitar a contaminação do novo coronavírus. O que não pode ser enfraquecida é a questão das garantias do consumidor/passageiro, levando-se em consideração o Princípio da Vulnerabilidade tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor.

É inaceitável qualquer retrocesso na lei que confronte grandes conquistas alcançadas em favor da parte vulnerável da relação, principalmente quanto à imposição de multa contratual nas situações de desistência da viagem pelo consumidor em virtude da pandemia da Covid-19, tendo receio de ser contaminado, exponencialmente se tratando de destinos com elevado índice de contágio.

As condenações pela reparação de danos morais aos consumidores/passageiros tem sido cada vez mais frequentes pelos Tribunais de todo o país, com o intuito de inibir as empresas aéreas a continuarem tratando seus passageiros com descaso, seja pela falta de informação prévia referente à alteração ou cancelamento do voo, além negativa em disponibilizar integralmente a devida assistência material.

Espera-se ansiosamente pela normalização da situação da pandemia, tanto pelo consumidor/passageiro quanto pelas companhias aéreas, porém, enquanto este momento não chega, devem as partes desta

relação contratual agir de forma transparente e com boa-fé, Princípios que norteiam as relações contratuais consumeristas, que são a base de uma relação salutar, cada qual se baseando nos seus direitos, mas também, nos seus deveres, para harmonicamente solucionarem as questões que porventura se fizerem necessárias.

REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. **A nova relativização dos direitos dos passageiros de transporte aéreo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-13/opinio-relativizacao-direitos-transporte-aereo>. Acesso em: 24 abr. 2021.

ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. **Os impactos da Lei 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opinio-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **ANAC prorroga flexibilização das regras para o transporte aéreo de passageiros.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/anac-prorroga-a-flexibilizacao-das-regras-para-o-transporte-aereo-de-passageiros>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Cuidados ao viajar.** Disponível em: <https://www.anac.gov.br/coronavirus/passageiros/cuidados-ao-viajar>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução nº 556, de 13 de maio de 2020.** Flexibiliza, em caráter excepcional e temporário, a aplicação de dispositivos da Resolução nº. 400, de 13 de dezembro de 2016, em decorrência dos efeitos da pandemia da COVID19. Disponível

em: <https://www.anac.gov.br/aceso-a-informacao/reunioes-da-diretoria-colegiada/reunioes-deliberativas-da-diretoria/2020/9a-reuniao-deliberativa-da-diretoria-colegiada/00058-013247-2020-82/resolucao-no-556-de-13-de-maio-de-2020>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resposta nacional e internacional de enfrentamento ao novo coronavírus**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo>. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Palácio do Itamaraty. **COVID-19 – Recomendações aos viajantes brasileiros**. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/sem-categoria/covid-19-recomendacoes-aos-viajantes-brasileiros-3>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Medida Provisória nº. 925, de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia de covid 19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Medida Provisória nº. 1.024, de 31 de dezembro de 2020**. Altera a Lei nº. 14.034, de 5 de agosto de 2020, para prorrogar o prazo de vigência de medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia de covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1024.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/direito-civil-atual-covid-19-fortuito-responsabilidade-civil-extracontratual>. Acesso em: 18 maio 2021

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 1015, maio/2020. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/001-nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

NASATO, Graziela. **MP 925/2020, uma verdadeira afronta aos direitos do consumidor**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-23/graziela-nasato-mp-9252020-ataca-direitos-consumidor>. Acesso em: 18 maio 2021.

NUNES, Rizzatto. **O coronavírus e as viagens e hospedagens: os direitos envolvidos**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/321815/o-coronavirus-e-as-viagens-e-hospedagens-os-direitos-envolvidos>. Acesso em: 16 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

EMPRÉSTIMO ‘COMPULSÓRIO’: o novo cartão de crédito encaminhado sem solicitação do consumidor

Gabriela Pereira de Melo Teixeira*

RESUMO: O presente artigo visa apresentar à comunidade jurídica a forma como têm sido negligenciados os direitos consumeristas, em especial dos hiper vulneráveis (aposentados), na venda forçada de empréstimos consignados, em total dissonância aos princípios e preceitos de defesa do consumidor e as consequências gravosas amargadas, sem uma correspondente repressão pelo Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O sistema de defesa do consumidor prevê a proteção desse conforme constitucionalmente garantido. O mercado, entretanto, evolui a cada dia no intuito de burlar e violar direitos básicos, percebendo-se a proliferação de golpes e fraudes contra os consumidores.

* Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEVANGÉLICA) – Concluído em janeiro/2008; Pós Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (ATAME) – Concluído em junho/2010; Pós-Graduada em Direito dos Contratos e do Consumo pela Universidade de Coimbra (Portugal) – Concluído em julho/2013; Pós-Graduada em Direito Processual Civil (Novo CPC) pela Universidade Federal de Goiás (UFG/ESA) – Concluído em fevereiro/2019/ Professora da ESA habilitada – Curso de Formação de Professores concluído em dezembro/2019; Habilitação em Propriedade Intelectual certificada pelo INPI (2014); Habilitação em Inglês Jurídico (março 2018); Habilitação em Implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (IBIJUS – Instituto Brasileiro de Direito) (fevereiro 2020); Atualização em Direito de Família (IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família) (2020); Secretária Geral da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB Seccional Goiás; Presidente da 7ª Câmara de Julgamento do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/GO.

Em meio aos inúmeros golpes que têm sido praticados cada vez mais à distância (telefone, internet, mensagens), um chama muita atenção: os empréstimos ‘compulsórios’. É uma invenção que assusta, principalmente pela chancela que tem recebido do Poder Judiciário.

Trata-se dos empréstimos consignados, direcionados aos aposentados, para desconto direto na pensão recebida do INSS, gentilmente batizados por esta autora de ‘empréstimos compulsórios’. Esses empréstimos trazem inúmeras preocupações aos que lidam diariamente com a defesa do consumidor, especialmente pela fragilidade do público alvo.

2 DESENVOLVIMENTO

A preocupação inicia com a forma como esses empréstimos são vendidos, e já se verificou que ocorrem de pelo menos quatro formas sistematizadas:

Na primeira, a instituição financeira entra em contato com o aposentado, por meio do número que ela obtém diretamente no INSS e oferece o empréstimo de forma predatória: questionando se a pessoa tem algum plano, como fazer uma viagem, comprar um carro, ou se precisa pagar uma dívida. Para qualquer pergunta que a pessoa responda sim, é considerado ‘fechado o contrato’. O dinheiro é creditado na conta, e as parcelas começam a ser descontadas diretamente na aposentadoria.

Nessa modalidade, já foram verificadas situações absurdas em que familiares dos aposentados interceptam ligações e exigem que não sejam mais realizados depósitos, recebendo como resposta do atendente da instituição financeira que “*gostaria de saber qual lei o impede de depositar dinheiro da conta de uma pessoa*”, assim mesmo, como se o empréstimo fosse um “presente” do banco. Isso deveria ser um caso de polícia, mas nesses casos, as ocorrências são registradas nas delegacias apenas “para os devidos fins”, sem a sequência de nenhum procedimento investigatório ou punitivo.

Na segunda forma, a instituição sequer tenta contato com o aposentado, simplesmente credita o dinheiro na conta e passa a descontar as parcelas. Em muitas vezes é narrado que os valores são creditados em contas muito pouco utilizadas pelo correntista, que acaba demorando para perceber a situação.

Na terceira modalidade, o consumidor em algum momento já teve relacionamento com a instituição, fez um empréstimo nas conhecidas bancas de rua, e assinou um bloco enorme de formulários. Apenas um ou dois são utilizados no empréstimo efetivamente contratado. Posteriormente, aquele agente que fez o empréstimo e ficou com as fichas assinadas, precisa bater uma meta, insere o empréstimo, e anexa as fichas já assinadas. A assinatura, neste caso, será autêntica, efetivamente do consumidor, entretanto não corresponde a uma contratação lícita e autorizada.

E a pior delas: não é creditado nenhum valor na conta do aposentado, apenas iniciam-se os descontos em sua conta bancária. Nessa configuração, muitas vezes, quando em discussão judicial, aparece um comprovante de transferência do valor para agências bancárias em localidades distantes e o aposentado que sequer viu o dinheiro, fica apenas com a conta. E esses comprovantes são considerados como prova a favor das instituições bancárias!

Em todas as modalidades, o cancelamento dos empréstimos é um longo caminho, sendo quase sempre necessária a interpelação judicial. A situação é muito mais comum que se imagina e aparentemente tem ficado barata para as instituições financeiras, que agem cada dia de forma mais agressiva. Vários são os pontos de atenção e prejuízo ao consumidor, conforme trataremos agora à tona.

Há casos em que houve o crédito na conta do aposentado, mas esse não tem interesse no empréstimo. Ora, o empréstimo é um produto do banco, possui encargos que não são baixos. Nesses casos, o aposentado costuma pagar o dobro do valor creditado em sua conta, nas parcelas descontadas em sua aposentadoria.

Como produto que é, os bancos devem se valer dos meios legítimos para efetuar a sua venda, obedecendo sempre a todos os princípios que norteiam o código de defesa do consumidor e chamamos aqui a atenção para a transparência: da forma como empurrados para o consumidor, esse em muitas vezes sequer compreende que está contratando um empréstimo e na maioria das vezes não tem a menor noção do custo da operação, quanto efetivamente vai pagar por aquele empréstimo!

Na mesma esteira, o consumidor aposentado deve ter o direito de escolher se quer comprar, conhecer as condições e inclusive de quem vai comprar. Não se pode tratar como normal e corriqueira a imposição de um fornecedor em forçar a venda de um produto, criando diversas condições e obstáculos para o seu cancelamento.

O que se tem observado é que, quando o consumidor percebe o empréstimo, e vai tentar se desvencilhar do mesmo, os bancos que viabilizam o cancelamento de forma administrativa possuem um procedimento padrão: é emitido um boleto para devolução integral do valor do empréstimo, independente de já terem sido descontadas parcelas ou a quantidade destas e, apenas após a quitação, o aposentado deve novamente fazer contato pelo SAC, passar mais uma vez por toda a dificuldade de falar com gravações e ser transferido incontáveis vezes, para solicitar o ressarcimento das parcelas descontadas indevidamente.

Por que a pessoa que já foi surpreendida com um produto não solicitado/desejado/autorizado, precisou passar por verdadeira *via crucis* para descobrir do que se trata e solicitar o cancelamento, deve devolver valores a maior e depois novamente ligar e implorar pela devolução dos valores que foram descontados sem a sua autorização? Como agravante nesses casos, o que se tem observado é que, caso a pessoa recorra ao judiciário e em contestação a instituição financeira concorde com a devolução e encerramento do contrato, os juizados especiais cíveis dão

por encerrada a situação, e entendem que, a despeito da falha do fornecedor, não há danos de ordem moral.¹⁻²

Há além disso decisões no sentido de que somente se configura dano moral quando o valor da parcela descontada mensalmente é elevado. Esse ponto é realmente nevrálgico: a grande maioria desses empréstimos é de valores menores, contando com parcelas bem pequenas, da ordem de doze, quatorze reais, divididos em setenta e dois, oitenta e quatro meses. O valor pequeno das parcelas ocorre algumas vezes em razão do pequeno valor dos empréstimos, liberados sempre em conformidade com a margem disponível do aposentado, e também porque se percebeu que sendo um pequeno valor, acaba eventualmente demorando para ser descoberto pelo aposentado e entra no costume brasileiro do ‘deixa pra lá’, já se pagou metade do empréstimo, para que discutir. E os bancos contam com essa inércia. Então o ponto que auxilia a instituição bancária a fomentar a sua prática predatória, é considerado em seu favor no momento de considerar a existência ou não de danos morais.

Não se desconhece que existem demandas predatórias por parte de alguns consumidores, o que inclusive gerou, no Estado de Goiás, a recente implantação do NEA (Núcleo Especial de Averiguações) para investigar ações fraudulentas no âmbito dos Juizados Especiais,

¹ Entendo que no caso no específico a parte requerida falhou na prestação de serviço, vez que passou a descontar indevidamente parcelas de um empréstimo não contratado, porém **não é suficiente para gerar um dano moral, posto que a requerida se disponibilizou a resolver a questão de forma administrativa, bem como estornou a parcela em prazo razoável.** É necessário considerar e ressaltar que no cotidiano das relações estabelecidas, há certos dissabores que são naturalmente experimentados ou enfrentados pelas pessoas e devem não ser tidos por toleráveis. Para que a situação de transtorno vivenciada gere o direito do suposto lesado de ver-se indenizado, imprescindível que a mesma tenha um grau significativo, capaz de efetivamente causar lesão aos direitos de personalidade, perturbações de ordem emocional a fim de interferir no dia a dia e ultrapassar as barreiras do aborrecimento ou mesmo contratempo que é inerente às relações cotidianas.

² BRASIL. 3º Juizado Especial Cível da Comarca de Anápolis. **Ação Declaratória n.º 5475322-28.2020.8.09.0007**, Requerente: YMC. Requerido: Banco Itaú Consignado. Relatora: Luciana de Araújo Camapum. Anápolis, 18 de janeiro de 2021. Evento 34.

entretanto a situação aqui narrada não é uma delas, e os consumidores aposentados, hiper vulneráveis, sujeitos a ação agressiva e prejudicial dos bancos devem ser resguardados pelo Poder Judiciário!

Há que se ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor proíbe o envio ou entrega ao consumidor de qualquer produto ou serviço sem solicitação prévia (artigo 39, inciso III), e o Superior Tribunal de Justiça reconhece que a realização de descontos em conta bancária, quando inexistente contrato formalizado entre as partes é causador de dano moral: *“Inexistente o contrato formalizado entre as partes, são indevidos os descontos efetuados em conta corrente, o que dá ensejo à condenação por dano moral.”*³

Não obstante, o judiciário goiano tem entendido que a situação é um mero dissabor, que o consumidor deve aceitar. Nem mesmo as peculiaridades do caso, idade do correntista, número de diligências empreendidas para a solução da situação tem sido levadas em consideração. Esse dissabor é tido como tolerável e incapaz de abalar a honra do consumidor.

Cabe aqui, uma singela comparação, para que se tome nota, da imensa responsabilidade do Poder Judiciário no apaziguamento das relações sociais, e correção de distorções criadas pelos hiper suficientes, em uma outra situação de abuso tentada pelas instituições bancárias: o envio de cartões de crédito ao endereço das pessoas que jamais haviam solicitado, se elas desbloqueassem, estariam aceitando. A situação trouxe tantos prejuízos aos consumidores, especialmente os menos esclarecidos e informados, que muitas vezes acreditavam estar ‘ganhando’ aquele crédito, sem o conhecimento do seu encargo, que o judiciário reiteradamente se manifestou, determinando pela existência de dano moral pelo simples envio do cartão, situação muito menos onerosa do que a ora em destaque. O interessante é perceber que os bancos pararam com essa prática, pois se

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 408.169/RS, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014.

tornou mais caro para eles a manutenção. Nas situações aqui relatadas se percebe a necessidade da manifestação massiva do judiciário, para que os aposentados e pensionistas possam ter paz, sem que empréstimos sejam compulsoriamente debitados de sua aposentadoria.

Sem essa interferência, já se tendo percebido uma avalanche de meros aborrecimentos no Poder Judiciário, os bancos vão se sentir bem à vontade para continuar impondo os empréstimos aos aposentados, prejudicando até mesmo a sua qualidade de vida e a conjuntura só vai se agravar. A situação é corriqueira, toda semana aparece nos noticiários, escritos e falados, regionais e nacionais, e os aposentados, em sua grande maioria humildes, contando com idade avançada, não conseguem sequer contato nos bancos para solucionar a questão.

3 CONCLUSÃO

As instituições financeiras procuram todo dia formas de bater as metas e vender seus produtos, tendo encontrado nos empréstimos consignados aos aposentados uma forma muito fácil de obrigar o aposentado a ‘comprar’ seu produto. A vivência na defesa do consumidor mostra que a cada dia são mais frequentes os empréstimos compulsórios e nenhuma sanção é imposta às instituições bancárias, pelo contrário, suas atitudes são reiteradamente aprovadas e confirmadas, o que deixa os consumidores à total mercê de fornecedores predatórios.

Como advogados consumeristas, persistimos, questionamos e insistimos, buscando sempre a concretização da justiça, por meio da efetiva e real defesa e proteção dos consumidores, amparados pela lei e pela Constituição Federal, impedindo que aqueles sejam forçados a contratar um empréstimo não desejado, não planejado, e fazendo com que sejam efetivamente respeitados pelas instituições bancárias e não assediados e vistos apenas como mais um número em meio à metas, lucros, sem nenhum respeito à ordem pública e interesse social, para que o Código de Defesa do Consumidor não se transforme em letra morta.

O CDC APLICADO SEGUNDO ESCOPO DE ATUAÇÃO DOS FORNECEDORES DE BENS E SERVIÇOS: da harmonização dos interesses dos partícipes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor à livre iniciativa

Bernardo Mendes*

1 DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE 3ª (TERCEIRA) GERAÇÃO/DIMENSÃO. DA HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DOS PARTÍCIPIES DA RELAÇÃO DE CONSUMO E COMPATIBILIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR À LIVRE INICIATIVA

A inquestionável *vulnerabilidade* do consumidor, tornou efervescente a discussão para se consagrar adequadamente o direito do consumidor entre alguma das dimensões (gerações) dos direitos humanos.

Para Bonavides (2000):

“[...] a doutrina atualmente classifica os direitos humanos fundamentais em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões cujos conteúdos ensejariam os princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. Sendo que os direitos de

* Advogado, inscrito na OAB/PA sob o nº. 14.815, com mais de 10 (dez) anos de atuação e experiência profissional. Doutor em Direito. Palestrante e Consultor Jurídico. Pós-graduado em Direito do Consumidor pelo Instituto Jamil Sales/PA. MBA em Direito Civil e Processual Civil pela FGV/RJ. Mediador Extrajudicial. Membro do Conselho de Usuários da ANATEL (Subsídio TIM BRASIL). Professor convidado junto a Escola Superior da Advocacia (ESA/PA) e Instituto Jamil Sales/PA. Coordenador Acadêmico do Curso de Atualização em Direito do Consumidor (ESA/PA em junho/2018, Junho/2019 e Agosto/2020). Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor (OAB/PA) desde Abril/2018. Coautor do Livro “Estudos de Direito do Consumidor” (lançado 04/out/2018 em SP).

primeira dimensão ou de liberdade seriam os direitos e as garantias individuais e políticos clássicos, as chamadas liberdades públicas. Visam inibir a interferência indevida do Estado na vida do cidadão. Os direitos de segunda dimensão ou de igualdade referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX. Eram os direitos de caráter social. Neste caso, a interferência do Estado era desejada para garantir a igualdade material dos indivíduos”. (BONAVIDES, 2000, p. 515).

Ainda, segundo Bonavides (2000), a proteção ao consumidor está dentro dos direitos de terceira dimensão ou de solidariedade ou fraternidade, que são os direitos da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Além do direito à “proteção do consumidor”, estaria também o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação, todos reunidos como direito fundamental de terceira dimensão.

Portanto e em primeiro plano, afirma-se, com a ênfase necessária, que o direito do consumidor, bem como sua tutela, é direito fundamental tanto em âmbito internacional, quanto para o ordenamento jurídico brasileiro em especial, o que requer tutela específica e privilegiada, além de justificar compilação de produção doutrinária, tal qual esta que aqui se expõe.

Por outro lado e em perspectiva diametralmente oposta, porém mais abrangente e contemporânea, a advocacia de consumo atualmente exercida revela que a aplicação da Lei n. 8.078/90, comumente conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC) e já promulgada há 28 (vinte e oito) anos, causa verdadeira inquietação à advocacia de atendimento empresarial ao identificar que a atuação jurisdicional e a proteção constitucional são direcionadas em exacerbo ao *consumidor*, como se fosse este o único partícipe (ator) da relação de consumo.

Noutros termos, se não houver *fornecedor de produto ou serviço*, obviamente que não há relação de consumo e, notadamente a esse partícipe, também deve ser conferida atenção e guarida, sob pena de execrar a relação de consumo como um todo. Aliás, a mesma proteção

constitucional redacional conferida ao consumidor, também é conferida à livre iniciativa (Art. 170, V da CF¹).

Dessa forma, quando se pretender analisar a aplicação do CDC sob o escopo de atuação dos *fornecedores de produtos e/ou serviços*, que nada mais é do que analisar a relação de consumo segundo atuação de todos os seus partícipes (atores), é importante destacar três ingerências, quais sejam:

<i> Ao questionar-se qual elemento é fulcral à manutenção do *Capitalismo* como modelo econômico vigente e hegemônico no globo, chegar-se-á conseqüentemente a conclusão que o *Consumo* assume a posição como tal elemento. Diante disso, quanto mais efervescente, mais fomentado estiver o *consumo*, quanto maior e mais numerosa for a interação entre os membros integrantes da sociedade a partir do consumo, maior e melhor será a manutenção do capitalismo. Por isso e notadamente por isso, a proteção estatal e mirada de atuação deve ser voltada ao consumo como um todo, o que engloba proteção, obviamente, a todos os seus partícipes, inclusive o fornecedor de produtos ou serviços, sem jamais relegar ao descaso o *Consumidor*.

<ii> Não se pretende concluir ou até mesmo incitar que o consumidor deixou de ser o partícipe mais débil da relação de consumo. Pelo contrário, o consumidor permanece sendo a parte mais *vulnerável* e a ele devem ser conferidas regras, balizas e, de um todo modo lógico, proteção. Contudo, a iniciativa privada, esta revestida na figura do empresário, também deve ser protegida, não somente pela manutenção da hegemonia do capitalismo indicada

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

acima <i>, mas obviamente para que se fomente a circulação da moeda em território nacional, geração de renda e emprego e todos os demais reflexos notáveis que somente são propiciados pela atuação da iniciativa privada no mercado de consumo;

<iii> Por último, mas não menos importante, é necessário ser veemente ao afirmar que a defesa do consumidor é uma forma de se alcançar a dignidade da pessoa humana, como forma de consagração dos direitos humanos de terceira geração com vistas ao bem-estar social, entretanto, não deve ser obstáculo ao desenvolvimento econômico e tecnológico com base na necessidade de se defender a propriedade privada dos meios de produção e a livre iniciativa econômica.

Eis, portanto, as balizas de direcionamento de exposição doutrinária acerca da aplicação do CDC segundo escopo dos *fornecedores de produtos e/ou serviços*, sem ousar que seja traçado qualquer percurso diametralmente oposto de toda a proteção e reconhecimento da *vulnerabilidade* do *Consumidor*, enquanto partícipe (ator) mais débil da relação de consumo e, obviamente, consagração da proteção ao consumidor como direito humano de terceira geração.

2 DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO À APLICAÇÃO ADEQUADA, EQUÂNIME, EQUILIBRADA E CONTEMPORÂNEA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA (LEI Nº. 8.095/90 – CDC)

O Direito é lei e ordem. Conjunto de normas e regras que permeiam os relacionamentos entre os membros de uma determinada sociedade. Quem age em conformidade com esse conjunto de normas e regras age direito, quem não o faz, age torto².

² **Curso de Filosofia do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2, p. 617.

Diante de tal conceituação, Miguel Reale conseguiu demonstrar que o direito existe para promover a regulação a partir da estipulação de normas, visando a boa convivência entre os membros integrantes de uma sociedade.

Mais adiante, em sua produção da Teoria Tridimensional do Direito, Reale conseguiu demonstrar que os regramentos estabelecidos pelo direito, não são unicamente constituídos das *Normas* em si. Pelo contrário, o direito, em sua produção enquanto ciência, traz consigo dois outros escopos, o *Fato* e o *Valor*.

Em conceituação específica, Reale³ menciona que o Direito nada mais é do que “*a vinculação bilateral atributiva da conduta para a realização ordenada dos valores de convivência*”.

O autor da Teoria Tridimensional⁴ definiu o Direito como realidade histórico-cultural tridimensional, ordenada de forma bilateral atributiva, segundo valores de convivência. O Direito é fenômeno histórico, mas não se acha inteiramente condicionado pela história, pois apresenta uma constante axiológica.

Logo, toda construção do Direito está permeada pela junção integrativista ou tridimensionalista existente entre Fato, Valor e Norma, não estando o Direito jamais dissociado disso.

E exatamente nessa mesma perspectiva, Pedro David, em sua exposição acerca do integrativismo jurídico, afirma que o Direito deve atender aos preceitos de todos os componentes da sociedade e não deveria proteger um grupo em detrimento do outro. Senão veja-se em sua própria redação (DAVID, Pedro R. *Sociología Jurídica: Perspectivas Fundamentales*. Astrea, 1980):

“el derecho debe atender a los preceptos de todos los componentes de la sociedad y no debería amparar o proteger un grupo más que otro”.

³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

A visão integralizante e tridimensional da doutrina de Reale, a qual conferiu base para o integrativismo de David transcrito acima, vale e é utilizada para justificar uma melhor análise das relações de consumo, estabelecendo balizas que primem por uma interpretação mais equânime de todos os partícipes da relação/interação, tanto aqueles que fornecem os bens e os serviços, quanto aqueles que os adquirem, os próprios consumidores.

Nessa perspectiva e na produção legal no Brasil, o marco legislativo ainda vigente que consagra a proteção ao consumidor adveio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde especificamente no artigo 170, V promove-se a defesa do Consumidor. Senão veja-se:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor;”

Destaca-se que a ordem econômica, fñcada em modelo capitalista cuja base fulcral é notadamente o consumo, gera-se a necessidade de se criar normas que protejam a parte mais débil da relação, quem seja, o consumidor.

Sendo assim, em legislação específica, mais precisamente em 11 de setembro de 1990, foi publicada em Diário Oficial da União, a Lei Federal n. 8.078, comumente conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

A sociedade brasileira já experimentava grande abertura econômica e as relações comerciais de consumo já apontava para uma falta de proteção e desprestígio dos consumidores, muitas vezes expostos a produtos e serviços de quantidade e qualidade questionáveis, não existindo normas específicas alguma para protegê-los. Diante desse *Valor* já demonstrado, o Direito veio atender com a criação de norma específica para regular as relações de consumo.

Contudo, não se pode, sob o pálio de conferir proteção à parte mais débil da relação – o consumidor – manejar o CDC como forma de “ditadura” do próprio consumidor, em detrimento à proteção que pode e deve ser conferida à livre iniciativa, onde estariam compreendidos os fornecedores de serviço.

Nessa esteira, transcreve-se trecho da obra de Silvio de Salvo Venosa⁵:

“(…) proteger o consumidor violado em seus direitos, a parte vulnerável da relação, sem inibir, desestimular ou dificultar a produção, a atividade econômica e a livre iniciativa, também princípios constitucionais. A propósito, esse desiderato consta do próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III), que menciona a harmonização e compatibilização das relações de consumo”. (grifo nosso)

Destaca-se a precisão na exposição dos argumentos de Venosa quando este faz remissão ao próprio inciso III do artigo 4º do CDC, onde consta capitulação acerca da necessidade de harmonização e compatibilização nas relações de consumo, para que não se infirme uma limitação à atuação da iniciativa privada no mercado de consumo.

Proteger com exacerbo o consumidor, repete-se, proteger com exagero o consumidor causa frontal violação ao artigo 170 da CF e artigo 4º, III do CDC, causando o desequilíbrio, desprivilegiando e prejudicando a ordem econômica e a livre iniciativa que também são elementos valiosos e merecem a proteção estatal.

Não é absurdo se entender que o amparo constitucional à ordem econômica e financeira, através da observância de seus princípios aplicados à relação de consumo elencados no art. 170, é muito mais complexo do que se pode imaginar, pois tem como pressuposto a necessidade de convergência dos mesmos, sendo que, quando isso ocorre não é possível apenas vislumbrar a proteção do consumidor, mas sim a

⁵ **Direito Civil**, 4. ed. São Paulo, 2004. p. 194.

harmonia de interesses de ambos os lados da relação, tudo em nome do interesse social associado ao próprio interesse público.

Partindo-se do pressuposto de que a livre iniciativa corresponde a uma função social, não resta dúvida quanto a sua importância e a necessidade de sua preservação frente à aplicação de outros princípios constitucionais, como o da defesa do consumidor (art. 170, V, CF/88), através de uma harmonização de aplicação e extensão entre tais princípios que norteiam a ordem econômica (Art. 4, III do CDC).

Ora, é coerente o entendimento de que a sobrevivência do princípio da livre iniciativa depende, imprescindivelmente, da harmonia com os demais princípios norteadores da dignidade associada ao “bem estar” entre todos que compõem a sociedade, seja pessoa física ou jurídica (empresa), cabendo ao Estado a regulação das liberdades sem comprometê-las, bem como a aplicação das normas já existentes com o fito de manutenção da própria ordem econômico-social, sem contradizê-la ou ameaçá-la.

Destaca-se, a livre iniciativa também está contemplada no art. 170, IV, da Constituição Federal, sendo considerada, entre outros, como princípio norteador da ordem econômica e deve ser harmonicamente compatibilizada com a proteção do consumidor.

Com efeito, sempre deverá existir um equilíbrio entre esses princípios, de modo a não eliminar por completo qualquer deles, mas, de acordo com a razoabilidade e a proporcionalidade, ponderá-los em situações concretas, ou seja, sempre buscar a harmonização dos interesses que adequadamente atendidos possibilitam a necessária compatibilização da defesa do consumidor e do desenvolvimento econômico e tecnológico nos moldes do art. 170 da Constituição Federal.

Neste sentido, é de suma importância citar a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior em seu trabalho intitulado “*A boa-fé na relação de consumo*” (**Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995):

“A norma-objetivo do art. 4º, de caráter nitidamente protetivo do consumidor, tem seu contraponto no princípio da harmonização de interesses conflitantes, de tal sorte que aquela necessidade de proteção deve ser compatibilizada com a de desenvolvimento econômico e tecnológico”.

Ora, em exposição retilínea e nada deambulante, afirma-se que a proteção do consumidor não pode se exceder a ponto de prejudicar a livre iniciativa ou a propriedade privada, mas sim, deve buscar o equilíbrio das relações entre os agentes econômicos, com adoção de medidas de caráter pragmático que incentivem o progresso tecnológico e econômico associada à qualidade de vida.

Conferindo base sociológica ao que se expõe, importante registrar doutrina de Zygmunt Baumann (2007, p. 31)⁶, onde é defendida e destacada a importância do consumo e da interação entre os membros integrantes da sociedade capitalista, a partir das necessidades de consumo:

“En la sociedad de consumidores, la dualidad sujeto-objeto tiende a ser incluida bajo la dualidad consumidor-mercadería. En las relaciones humanas, la soberanía del sujeto es, por lo tanto, reclasificada y representada como la soberanía del consumidor – como la resistencia al objeto, derivada de su soberanía no enteramente suprimida, aunque rudimental, es ofrecida a la percepción como la inadecuación, inconsistencia o imperfección de una mercadería mal escogida”.

Especialmente sob essa perspectiva sociológica, Bauman, corretamente disse que o Capitalismo seria mais forte quando se identificar uma maior interação entre os membros de uma sociedade voltada ao consumo (BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008).

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: La transformación de las personas en mercadería. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Río de Janeiro: Zahar, 2007. p. 31.

Acredita-se, com base notável à interpretação teleológica do art. 4º, III do CDC que se vislumbra a necessidade de proteção do consumidor sem exageros que comprometam outros valores ou princípios que também possuem relevância sob o pálio constitucional, tendo em vista o interesse social que deve prevalecer acima de tudo, inclusive dos fornecedores de produtos ou serviços.

Portanto, com a repetição expositiva necessária, a defesa da livre iniciativa, da livre concorrência, da propriedade privada dos meios de produção e incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico não devem ser aplicados somente como instrumento de domínio econômico (abusos do poder econômico) em detrimento da dignidade da pessoa humana, defesa do consumidor e bem-estar social.

3 CONCLUSÃO

Acredita-se, ante a tudo o que fora exposto, que o direito das relações de consumo, e denomina-o desta forma para afastar o foco exagerado de proteção ao consumidor apenas, sendo necessária a conversão da denominação do direito material de *Direito do Consumidor* para *Direito das Relações de Consumo*.

A evolução das sociedades, estando amplamente difundido mercados globais de consumo, revela a maior relevância de se analisar, estudar, regar e melhor proteger as relações de consumo sob a interação de todos os seus partícipes para que não haja infringência e prejuízos ao sistema econômico capitalista, modelo hegemônico na atualidade.

Noutros termos e para melhor explicar a proteção às relações de consumo como forme de proteção ao capitalismo em via reflexa, indica-se que o modelo capitalista revela seu sucesso a partir de uma maior interação entre aqueles que fornecem bens e serviços com a aqueles que anseiam pela aquisição ou contratação desses bens e serviços.

Em termos ainda mais precisos, pode-se afirmar que o capitalismo não visa unicamente o lucro. Aliás, o capitalismo visa

prioritariamente o consumo, pois é a partir deste, a partir de sua maior efervescência, que o sistema econômico se alimenta e continua se engendrando com maior naturalidade no cotidiano das relações humanas.

E nesse sentido, Baumann estabelece que:

“(…), se a reprodução da sociedade capitalista é obtida mediante encontros transnacionais interminavelmente repetidos entre o capital no papel de comprador e o trabalho no de mercadoria, então o Estado capitalista deve cuidar para que esses encontros ocorram com regularidade e atinjam seus propósitos, ou seja, culminem em transações de compra e venda”.

Ora, evidente que uma vez constatado que o sistema capitalista possui pilar de sustentação no consumo estabelecido “(...) *mediante encontros transnacionais interminavelmente repetidos entre o capital no papel de comprador e o trabalho no de mercadoria*”, por óbvio, que as regras necessárias à regulamentação e melhor balizamento das relações de consumo são de vital importância inclusive para a proteção reflexa ao próprio sistema capitalista.

Tal qual fora dito anteriormente, proteger exageradamente o consumidor gera desequilíbrio e conseqüentemente fere o exercício da livre iniciativa, notadamente causando prejuízos em relação aos partícipes do outro polo da relação de consumo, quem sejam, os fornecedores de bens e serviços.

Tanto a proteção e defesa do consumidor, quanto a proteção à livre iniciativa são princípios da ordem econômica e estão textualmente indicados no artigo 170 da Constituição Federal.

Acredita-se, sobremaneira, que o CDC trouxe proteção visando equilíbrio a uma relação que já estava bastante desgastada. No entanto, contemporaneamente, com a celebração dos 25 (vinte e cinco) anos de vigência do CDC, a proteção exacerbada do consumidor já revela prejuízo à livre iniciativa e, por via reflexa, prejudica as relações de

consumo como um todo prejudicando o próprio sistema econômico capitalista que vivemos.

Até mesmo porque, acredita-se que a maior vocação valorativa da norma consumerista, notadamente no Brasil, seja proteger o consumidor, sem, contudo, inibir e desestimular a livre iniciativa, tão importante para a manutenção do próprio consumismo em que vive e sustenta o Capitalismo.

Seria leviandade admitir uma atuação estatal em que não se perceba a importância que se deve dar a proteção das relações de consumo, envolvendo todos os seus partícipes. Isso porque, proteger as relações de consumo apenas em relação aos interesses do consumidor, relegando ao descaso o interesse daqueles que compõem o outro polo da relação, sobremaneira prejudica a sustentação do próprio capitalismo.

Portanto, propõe-se uma releitura das relações de consumo, readequando e atendendo o interesse de todos os seus partícipes, a partir de uma concepção tridimensionalista do direito. Não se visa caminhar ao revés da proteção constitucional do consumidor, mas propõe-se analisar as relações de consumo, sem, contudo, inibir e desestimular a livre iniciativa.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. M. Arruda. **Tratado de direito processual civil**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 2. Ed. Rio de Janeiro, 2002.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968. v. 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRANDÃO, C. R. C. A integralidade das astreintes e o estado de direito. **Juris Plenum**, v. 10, p. 89-98, 2014.

_____. Os Contratos de Consumo no Comércio Eletrônico Internacional. **Juris Plenum**, v. 07, p. 63-73, 2011.

_____. O abuso de direito frente à finalidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). **Boletim Jurídico**, Uberaba, v. 263, p. 1954, 2008.

_____. O Abuso de Direito nas Relações de Consumo: Uma outra perspectiva quanto à finalidade da Lei 8.078/90. **Juris Plenum**, v. 1, p. 95, 2007.

_____. **A Responsabilidade por Defeito no Produto ou Serviço, Objetiva/Subjetiva, Exclusão da Responsabilidade e Prescrição**. 2014. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

_____. **A Crise de Eficácia do CDC na Sociedade da Informação**. 2013. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

BRUNO NETO, Francisco. **Constituição Federal Academicamente Explicada**. 4. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução da italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DAVID, Pedro R., **Bosquejo de la jusfilosofía integrativa de Jerome Hall, JA**, 1961-1, secc. doctr., p. 3.

_____. Contribución del integrativismo a la modernización de los sistemas sociojurídicos, **Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe**, 1973.

_____. **Sociología Jurídica**, ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1980.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Bahia: Edições Podivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado. **O Estado de S. Paulo**, edição de 4.6.1989.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005.

_____. **Manual de Direitos do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FUCITO, Felipe. **Sociología del Derecho**. El orden jurídico y sus condicionales sociales. 2. ed. Buenos Aires, 1999.

GOHN, MG **Historia de los movimientos sociales y luchas**: La construcción de la ciudadanía brasileña. São Paulo: Loyola, 1995.

GIGLIO, W. D. **Just Cause**. 7ª Ed. San Pablo. Saraiva, 2000.

MENDES, Bernardo. **Estudos de Direito do Consumidor**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

MEMEZIO, Auta França de Oliveira. **O Princípio da boa-fé e sua abrangência**. Disponível em: http://www.bpdir.adv.br/04_ar.htm. Acesso em: 06 fev. 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Parte geral**. 24. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, v. 1.

REALE, Miguel. **Fuentes y modelos Ley**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Preliminar Lecciones de derecho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Aspectos da teoria tridimensional do direito. **Revista dos Tribunais**. San Pablo, Saraiva.

_____. **Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico**, 1961.

_____. **Filosofia do direito**. San Pablo: Saraiva, 1961.

_____. **Horizontes do direito e da história**. San Pablo: Saraiva, 1956.

_____. **Pluralismo e liberdade**, San Pablo, Saraiva, 1963.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do Capitalismo**. 1904.

POSFÁCIO

Luiz Viana Queiroz*

É uma grande missão assumir o posfácio que concluir esta obra “Estudos de Direito do Consumidor - volume 2”, cujo tema é profundamente desenvolvido com o rigor técnico amparado na exímia *práxis* jurídica de seu conjunto autoral, bem como na maestria do trabalho realizado pelas organizadoras da coletânea, as advogadas Marié Miranda, Claudia Marques, Luciana Atheniense e Laís Bergstein, em nome das quais parabenizo a toda Advocacia brasileira, em especial à valorosa militância na seara consumerista, responsável por concretizar esse importante pilar da ordem constitucional econômica em nosso País.

O trabalho do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de sua Comissão Especial de Defesa do Consumidor - CEDC, protagonizou conquistas históricas para o direito brasileiro. Em junho de 2021, celebramos a aprovação do Projeto de Lei 1805/21 pelo Senado Federal, medida que cria regras para prevenir o superendividamento dos consumidores brasileiros. A atuação da CEDC foi central para aprovação da nova lei: promovemos dezenas de eventos e audiências públicas sobre o assunto ao longo dos últimos anos.

O mesmo empenho segue na campanha “Acesso Pleno à Justiça - OAB em Defesa da Liberdade do Consumidor”, cujo mote principal é contestar a prática do Poder Judiciário em condicionar, de forma abusiva, o recebimento da petição inicial à reclamação prévia do consumidor em canais de reclamação relativos ao tema. Trata-se de evidente cerceamento do acesso à Justiça, com o qual não iremos coadunar.

O Direito do consumidor é uma garantia fundamental do cidadão. A forma como resguardamos tal direito é um indicativo do nível

* Advogado e Vice-Presidente do Conselho Federal da OAB.

de aprofundamento democrático de um País. Não podemos falar sobre Direitos Fundamentais sem refletir a realidade consumerista do Brasil.

É imprescindível garantir aos consumidores e consumidoras aquilo que lhes cabe. Do contrário, nosso Estado Democrático de Direito continuará a falhar ostensivamente. É por isto que a leitura da presente obra é indispensável. Ao fechá-la com este pós-fácio, estou seguro de que novas perguntas seguirão motivando mais trabalhos acadêmicos, petições, artigos, jurisprudências e conteúdos jurídicos diversos, pois a marca de uma grande obra é renascer em muitas outras mentes e corações apaixonados pelo tema!



Comissão Especial
de Defesa do Consumidor

Editora