

ORGANIZADORES

Larissa Maria de Moraes Leal
Vinicius de Negreiros Calado
Joaquim Pessoa Guerra Filho

COORDENADORA EXECUTIVA

Fabiana Prietos Peres

A Defesa do Consumidor na contemporaneidade



Claudia Lima Marques • Danielle Spencer • Rosana Grinberg • Raimundo Gomes de Barros • Fabiana Prietos Peres • Larissa Maria de Moraes Leal • Simone Pelinca Pereira Pugliesi • Adriana Gomes Silva • Anna Patrícia Barreto Novais • Thalys Henrique de Lima Silva • Marcelo Porto Neves • Jessica Granja Pereira de Carvalho • Vitor Hugo do Amaral Ferreira • Felipe de Alcântara Silva Estima • Olga Câmara • Dante Ponte de Brito • Ana Luiza Masstalerz Pires Aragão • Pedrita Dias Costa • Lucas Abreu Barroso • Lúcio Moreira Andrade • Felipe Bezerra Menezes • Adriano de Freitas Alves • Weydson Caldas Pina Maciel • Carlos Henrique de Moura Chaves Filho • Marcos Catalan • Marcos Ehrhardt Jr • Alessandra Bahia • Ana Catharyna Arruda de Souza • Inês Advíncula da Silva Rêgo • Patrícia Wedja Esteves Gonçalves • Laís Monique de Andrade da Costa • Ricardo Albuquerque e Albuquerque • Humberto Sousa • Rodrigo Cristovão Duclerc Verçosa

ORGANIZADORES

Larissa Maria de Moraes Leal
Vinicius de Negreiros Calado
Joaquim Pessoa Guerra Filho

A Defesa do Consumidor na contemporaneidade

FASA
1ª EDIÇÃO

Recife
2021

Larissa Maria de Moraes Leal
Vinicius de Negreiros Calado
Joaquim Pessoa Guerra Filho

Organizadores

Fabiana Prietos Peres

Coordenadora Executiva

Matheus Barbosa Rodrigues

Colaborador

Vinicius de Negreiros Calado

Capa

Crédito: ipopba

Editoração Eletrônica: Lílian Costa

FASA GRÁFICA

FICHA CATALOGRÁFICA

D313 A defesa do consumidor na contemporaneidade
[recurso eletrônico] / organizadores Larissa Maria de
Moraes Leal, Vinicius de Negreiros Calado, Joaquim
Pessoa Guerra Filho. 1. ed. -- Recife : FASA, 2021.
382 p.

ISBN 978-65-86359-63-3 (E-Book)

1. Defesa do consumidor. I. Leal, Larissa Maria de
Moraes, (org.). II. Calado, Vinicius de Negreiros, (org.).
III. Guerra Filho, Joaquim Pessoa, (org.)

CDU 347.451.031

Luciana Vidal CRB-4/1338

APRESENTAÇÃO

Uma das mais interessantes reflexões de Zygmunt Bauman consistente em uma metáfora, em que o filósofo apresenta reflexão no sentido de que “o poder de sustentação de uma ponte não é medido pela força média de seus pilares, mas pela força de seu pilar mais fraco, e cresce junto com esta, a confiança e a engenhosidade de uma sociedade são medidas pela segurança, engenhosidade e autoconfiança de seus setores mais fracos, e cresce junto com estas”¹.

A construção da presente obra teve a contribuição de experientes juristas que pensam, nesse contexto da contemporaneidade, as problemáticas relativas à defesa dos consumidores no Brasil e apresentam contribuições para reflexões aprofundadas e alicerçadas em altos estudos dos grupos de pesquisa que integram. A obra também é composta por trabalhos que são fruto de intensas pesquisas realizadas pelos membros da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pernambuco, resultantes de encontros de grupo de trabalho que se ateve à qualidade técnica dos artigos desenvolvidos, visando apresentar contribuições tanto para a prática da defesa dos consumidores como para a teoria.

O estudo da defesa dos consumidores na contemporaneidade emerge de uma necessidade de constante modificação da realidade de consumo que vivenciamos, a qual tem sido lentamente acompanhada pelo Direito, em que pese os esforços, que ora homenageamos, de expoentes juristas, como a Profa. Dra. Claudia Lima Marques, que inaugura a presente obra com brilhantes reflexões a respeito do mínimo existencial no contexto da recente atualização do Código de Defesa do Consumidor.

Em coesa contribuição, a Profa. Dra. Danielle Spencer apresenta relevante questionamento em seus estudos no tocante à proteção do consumidor diante da desjudicialização como meio de acesso à justiça e suas repercussões a partir da educação para o consumo.

Em sequência, a ex-Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE e Presidente da ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor, Professora Dra. Rosana Grinberg, juntamente com o Dr. Raimundo Gomes de Barros, Procurador Federal Aposentado e Diretor Jurídico da ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor, estudam a vulnerabilida-

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 179-180.

de do consumidor no contexto da Pandemia da Covid-19.

Na linha da vulnerabilidade dos consumidores, a Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal e a Profa. Me. Fabiana Prietos Peres, examinam a necessária assistência de consumidores por advogados nas soluções não-judiciais de conflitos a partir de um olhar mais aprofundado das condições da plataforma consumidor.gov.br.

A advogada Simone Pelinca Pereira Pugliesi estuda a hipervulnerabilidade da mulher na contratação de procedimento de reprodução humana assistida no Brasil. E, em estudo conjunto, os advogados Adriana Gomes Silva, Anna Patrícia Barreto Novais e Thalys Henrique de Lima Silva, abordam a vulnerabilidade dos consumidores diante do vazamento de dados pessoais após a Lei Geral de Proteção de Dados.

Por seu turno, o advogado e membro consultivo da Comissão Especial de Propriedade Intelectual do CFOAB Marcelo Porto Neves e a graduanda Jéssica Granja Pereira de Carvalho, estudam a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação do serviço de consultoria no registro de marca no Brasil.

Em seção relativa ao papel da advocacia na defesa do consumidor, o Prof. Me. Vitor Hugo do Amaral Ferreira examina o protagonismo da advocacia na fase judicial de tratamento do superendividamento, relativamente à aplicabilidade da Lei nº 14.181/2021. Na mesma parte, contamos com contribuição do advogado Felipe de Alcântara Silva Estima que analisa medidas atípicas na garantia da satisfação do direito dos consumidores perante os Juizados Especiais Cíveis. Ainda sob a ótica da defesa do consumidor no processo judicial, a advogada Olga Câmara apresenta estudo sobre a valoração das provas no contexto de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil das relações de consumo constitui seção com relevantes estudos apresentados pelo Prof. Dr. Dante Ponte de Brito e as mes-trandas da Universidade Federal do Piauí Ana Luiza Masstalerz Pires Aragão e Pedrita Dias Costa, nos quais abordam os novos horizontes da responsabilidade civil nas relações de consumo e os desafios regulatórios no cenário da economia de plataforma.

O Prof. Dr. Lucas Abreu Barroso em conjunto com o advogado Lúcio Moreira Andrade contribuem com artigo relativo à reparação integral ao consumidor pelo fato do produto e do serviço na contemporaneidade. E o advogado Felipe Bezerra Menezes propõe discussão relativa ao reconhecimento do torcedor enquanto consumidor. E, por conseguinte, o advogado Adriano de Freitas Alves examina a eficiência das resoluções de demandas consumeristas a partir da mediação.

Em seção relativa aos estudos de novos danos aos consumidores, o advogado Weydson Caldas Pina Maciel aponta reflexões a partir de dados coletados

no Tribunal de Justiça de Pernambuco relativa à teoria do desvio produtivo. Já o advogado Carlos Henrique de Moura Chaves Filho, também ao tratar do desvio produtivo, realiza uma análise propedêutica sobre a referida teoria.

A última parte teórica deste livro restou nomeada como O direito do consumidor na pós-modernidade, contando com poética reflexão do Prof. Dr. Marcos Catalan a respeito da liberdade econômica, seguido de profundo estudo do Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Jr. relativo ao Código de Defesa do Consumidor e a herança digital.

Ainda contribuem a advogada Alessandra Bahia com estudo relativo à obsolescência programada e o tempo de vida útil dos produtos. As advogadas Ana Catharyna e Inês Advincula examinando o comércio eletrônico e as medidas de proteção ao consumidor. As advogadas Patrícia Gonçalves e Laís Costa em interessante estudo sobre a responsabilidade civil do influenciador digital. E, por fim, o advogado Ricardo Albuquerque que apresenta estudo sobre publicidade subliminar e sua influência no consumo sustentável e hiperconsumismo.

Ao final, ainda, contamos com a análise de duas jurisprudências. A primeira relativa à presença de corpos estranhos em alimentos, relatada pelo advogado Humberto Sousa, e a segunda que trata da validade da cláusula arbitral nas relações de consumo, de autoria do advogado Rodrigo Duclerc.

Trata-se, enfim, de obra resultante do trabalho conjunto de diversos juristas que integram a teia invisível de defesa dos consumidores no Brasil, sob diferentes óticas mas todos com um mesmo propósito: tornar ainda mais qualificado o embate pela defesa dos vulneráveis.

Recife, dezembro de 2021.

Larissa Maria de Moraes Leal
Vinicius de Negreiros Calado
Joaquim Pessoa Guerra Filho
Fabiana Prietos Peres

SUMÁRIO

O FUTURO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

- A noção de mínimo existencial na Lei 14.181/2021 e sua aplicação imediata: primeiras reflexões**
Claudia Lima Marques 10
- A desjudicialização como acesso à justiça consagra a proteção efetiva do consumidor?**
Danielle Spencer 30

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

- A vulnerabilidade do consumidor na pandemia da covid-19**
Rosana Grinberg
Raimundo Gomes de Barros 50
- A vulnerabilidade jurídica do consumidor e sua necessária assistência por advogados nas soluções não-judiciais de conflitos: um olhar mais aprofundado para as condições da plataforma consumidor.gov**
Fabiana Prietos Peres
Larissa Maria de Moraes Leal 67
- Da hipervulnerabilidade da mulher e as implicações, no âmbito do direito do consumidor, quando da contratação do procedimento das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil**
Simone Pelinca Pereira Pugliesi 77
- A vulnerabilidade do consumidor e o vazamento de dados pessoais pós LGPD**
Adriana Gomes Silva
Anna Patrícia Barreto Novais
Thalys Henrique de Lima Silva 93
- A prestação do serviço de registro de marca no Brasil e a aplicabilidade do CDC**
Marcelo Porto Neves
Jessica Granja Pereira de Carvalho 106

O PAPEL DA ADVOCACIA NA DEFESA DO CONSUMIDOR

Protagonismo da advocacia na fase judicial de tratamento do superendividamento: primeiras notas à lei 14.181/2021

Vitor Hugo do Amaral Ferreira 118

O consumidor e a inefetividade jurisdicional nos juizados especiais cíveis: a importância da aplicabilidade das medidas executivas atípicas na garantia da satisfação do direito tutelado

Felipe de Alcântara Silva Estima 145

Aplicabilidade do CDC e valoração das provas: choque do direito e da necessidade de prová-lo

Olga Câmara 154

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Novos horizontes da responsabilidade civil nas relações de consumo e os desafios regulatórios no cenário da economia de plataforma

Dante Ponte de Brito
Ana Luiza Masstalerz Pires Aragão
Pedrita Dias Costa 168

A reparação integral ao consumidor pelo fato do produto e do serviço

Lucas Abreu Barroso
Lúcio Moreira Andrade 187

O torcedor e sua caracterização como consumidor

Felipe Bezerra Menezes 202

MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

As resoluções de conflitos nas demandas consumeristas são eficientes combinadas à mediação?

Adriano de Freitas Alves 216

NOVOS DANOS AOS CONSUMIDORES

A teoria do desvio produtivo e a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Weydson Caldas Pina Maciel 235

Uma análise propedêutica acerca da tese do desvio do tempo útil do consumidor

Carlos Henrique de Moura Chaves Filho 244

O DIREITO DO CONSUMIDOR NA PÓS-MODERNIDADE

Devaneios de Ícaro: uma reflexão ligeira acerca de incongruências vivificadas pela lei da liberdade econômica <i>Marcos Catalan</i>	251
Código de defesa do consumidor e a herança digital <i>Marcos Ehrhardt Jr</i>	263
A Obsolescência Programada e o tempo de vida útil dos produtos nas relações de consumo <i>Alessandra Bahia</i>	283
O comércio eletrônico e as medidas de proteção ao consumidor <i>Ana Catharyna Arruda de Souza</i> <i>Inês Advíncula da Silva Rêgo</i>	300
A responsabilidade civil do influenciador digital nas relações de consumo é subjetiva ou objetiva? <i>Patrícia Wedja Esteves Gonçalves</i> <i>Laís Monique de Andrade da Costa</i>	316
Publicidade subliminar em forma de estratégia subliminar para formação da matrix comportamental e sua influência no consumo sustentável e hiperconsumismo <i>Ricardo Albuquerque e Albuquerque</i>	327
RESENHAS	
A ótica do dano individual ao coletivo gerado por corpo estranho em alimentos. Comentários a decisão do resp nº 1.644.405 – RS do STJ <i>Humberto Sousa</i>	339
Arbitragem e direito do consumidor: um panorama dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça <i>Rodrigo Cristovão Duclerc Verçosa</i>	355

O FUTURO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Capítulo 1

A NOÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL NA LEI 14.181, 2021 E SUA APLICAÇÃO IMEDIATA: PRIMEIRAS REFLEXÕES¹

Claudia Lima Marques²

Introdução

A Lei 14.181,2021 é um verdadeiro ‘divisor de águas’ do Direito Privado ao re-valorizar o microsistema do CDC, em tempos de ‘Liberdade Econômica’ e crise da COVID-19, sistematizando no Código 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 reconhecendo o superendividamento (individual) do consumidor como um fator de exclusão social e um problema coletivo de política econômica e jurídico.

O superendividamento dos consumidores como 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, enfim, 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.

¹ Parte de texto foi publicada como Nota à Lei 14.181,2021 na Revista de Direito do Consumidor 137 (2021).

² Doutora em Direito (Heidelberg), Professora do PPGD da UFRGS e da Uninove, Diretora da Faculdade de Direito da UFRGS, Vice-Presidente da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do CFOAB, Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OABRS e OABPE. Pesquisadora 1 A do CNPq, Ex-Presidente do Brasilcon Email: cmarques.ufrgs@gmail.com

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,³ 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. 6, XI e XIII 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 este paradigma de paradigma da essencialidade.⁴ Como já escrevemos, esta 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 ‘limi-

³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284 e seg. E DE AGUIAR, Ruy Rosado Jr. A boa-fé na relação de consumo, in in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 20.

⁴ 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*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 2 jul. 2021).

tes do sacrifício’.”⁵

O mínimo existencial é mencionado nos Artigos 6,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 esta 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, porque a regra já é plenamente utilizável mesmo antes de sua regulamentação. Vejamos.

1 A noção de mínimo existencial em geral

O mínimo existencial tem fonte constitucional e a Lei 14.181,2021 inclui o mínimo existencial parte integrante da definição de superendividamento, o que é uma inovação.⁶ 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 Sarlet⁷. 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 esclarecimen-

⁵ MARQUES, Claudia ima; MARTINS, Fernando R., Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado, in ConJur - Superendividamento e o fundamento republicano do Senado (25.07.2021).

⁶ Veja, por todos, BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 83 e veja a análise de direito comparado, p. 47ss..

⁷ 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.

to 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 proposta⁸.”

No sistema francês, que permite a re-educação 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'*.⁹ Noção oriunda do direito público,¹⁰ 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.”*¹¹

Esta noção, conhecida também na França,¹² 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 este patamar, parece necessário também no Brasil.¹³ Na organização do plano, há de se preservar o mínimo existencial, ou o credor não consegue cumprir o plano e pagar suas dívidas. Preservado este mínimo, pela presença do judiciário e do conciliador indicado pelo juízo, o consumidor estimula-se a pagar e limpar seu nome.”

⁸ MARQUES, Claudia Lima e BENJAMIN, Antônio Herman, Consumer Over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation, in RAMSAY, Iain et alii (Ed.), *Consumer Over-indebtedness*, Oxford, Hart Publ, 2009, p. 156 e seg.

⁹ FLORES, Philippe, A prevenção do superendividamento pelo código de consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78, Abr / 2011, p. 67.

¹⁰ 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.

¹¹ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, in *Revista de Processo*, vol. 193, Mar / 2011, p. 13 e seg.

¹² 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..

¹³ Veja CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli , SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, COSTA DE Lima, CLARISSA , Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, Out / 2010, p. 74 e seg.

Note-se que nas versões preliminares dos anteprojetos que seriam mais tarde o PLS 283,2012 e PLS 281,2012, a Comissão de Juristas do Senado Federal as regras iniciais estavam todas no Projeto de lei inicial, do superendividamento, Art. 1,5, 6 e 7.¹⁴ 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”*),¹⁵ a qual não foi aceita no plenário e o substitutivo do Senador Ferraço final já não a menciona (veja quadro da Comissão Especial no parte III deste livro). A inclusão vinha assim explicada na Minuta do relatório da Comissão em dezembro de 2013 e justificada: *“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 conciliador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor no momento de aceitar o plano e a conciliação (repactuação).”*¹⁶

Seria mais um direito básico do consumidor e o texto é mencionado na tese de doutorado de Karen Bertoncetto: *“Art. 6, 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.”*¹⁷

Tratavam-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 que o projeto processual , o PLS 282,2012, que não foi aprovado no

¹⁴ Veja Versões preliminares dos Projetos, PL sem número sobre comércio eletrônico, p. 295ss, PL sem número sobre crédito e superendividamento, p. 303 e seg. O Art. 6 encontrava-se na pg. 296.

¹⁵ Veja Parecer de plenário, Setembro de 2015 DIÁRIO DO SENADO FEDERAL Quarta-feira 9 BuscaPaginasDiario (senado.leg.br).

¹⁶ O texto desta 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 Ferraço”* (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, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90/2013, p. 265 – 294, Nov - Dez / 2013 (DTR\2013\11632)

¹⁷ BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 83 e nota 145.

Senado Federal, mencionava também o mínimo existencial, no então denominado Art. 104-A da parte processual coletiva: “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 resumo, no Substitutivo final do Senador Rodrigo Ferraço, que dá nascimento ao PL 3515,2015, neste momento, foi inserida a necessidade de regulamentação do mínimo existencial, possivelmente por Decreto ou pelo Banco Central, e retirados quaisquer exemplos do que constitui esta noção geral e constitucional do mínimo existencial, 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.”¹⁸

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

2 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,¹⁹ trata-se de um direito fundamental ao mínimo de existência digna (*‘Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum’*).²⁰ 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.”*²¹

¹⁸ DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, Setembro de 2015 Quarta-feira 9, p. 102-103. Parecer Nº 698/2015, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre os Projetos de Lei do Senado nºs 281 e 283/2012, p. 97 a 140.

¹⁹ Assim ensina TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8 “O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. A Constituição de 1988 não o proclama em cláusula genérica e aberta, senão que se limita a estabelecer que constituem objetivos da República Federativa do Brasil ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (art. 3.º, III), além de imunizá-lo em alguns casos contra a incidência de tributos (art. 5.º, XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 153, § 4.º etc.). As grandes Constituições do Ocidente também não proclamam o direito, salvo a do Canadá, indiretamente”. (Veja também 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.

²⁰ Assim BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum im Zivilrecht*, Hamburgo: Kovac V., 2018, p. 327 e seg.

²¹ CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 363 – 386, Jul - Ago / 2018 (DTR\2018\19476).

No direito privado, está ligado a ideia de não penhorabilidade do patrimônio mínimo, de um mínimo vital ou de sobrevivência protegido.²² Em direito do consumidor, o direito ao mínimo existencial está presente nas discussões do corte de luz, nas interpretações da cláusula geral de boa-fé,²³ 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.”²⁴

A doutrina defende que a noção constitucional seja adaptada ao superendividamento, o que os irmãos Dahinten denominam: ‘mínimo existencial de consumo’.²⁵ 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 14.181,221, que apesar de ligada à dignidade da pessoa humana tem mais proximidade com um mínimo de sobrevivência ‘substancial’ (expressão de Karen Bertoncello)²⁶ na sociedade de consumo, ou da noção francesa instrumental e pragmática de um ‘*reste a vivre*’ (o necessário, o que viabiliza, o que sobra para viver, no caso a caso dos planos de pagamento das dívidas).²⁷ Neste sentido, gostaria de denominar nesta obra 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.”²⁸ Porém, mesmo nesta largue-

²² Veja-se, por todos, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ Assim BOUZA DA COSTA, Dominik Manuel. *Das Existenzminimum im Zivilrecht*, Hamburgo: Kovac V., 2018, p. 344 e seg.

²⁴ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, in *Revista de Processo*, vol. 193, Mar / 2011, p. 13 e seg.

²⁵ 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*, vol. 106/2016, p. 135 – 165, Jul - Ago / 2016 (DTR\2016\22309).

²⁶ BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 125 e seg.

²⁷ Veja, por todos, CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 363 – 386, Jul - Ago / 2018 (DTR\2018\19476).

²⁸ 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

za 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...”²⁹ A análise destaca que o mínimo existencial deve ser casuístico, pois o que é muito no interior de Pernambuco pode ser pouco e insuficiente na capital São Paulo; destaca que o mínimo vital e o mínimo existencial não são sinônimos. Afinal, o espírito da Lei 14.181,2021 parece ser a de manter este mínimo existencial como um primeiro patamar para a recuperação do consumidor.

Neste 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. 6, 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, seja na concessão de crédito e 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”).³⁰ 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’.³¹ Assim, sugere uma classificação e instrumentos para concretizar caso a caso esta figura, este “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 prolatação da sentença; b) quanto à forma (moldura),*

e ss.

²⁹ SARLET, Ingo W. Mínimo existencial e relações privadas: algumas aproximações, in MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela 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.

³⁰ BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 132.

³¹ BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 123.

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.”³² 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’.³³

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.³⁴ No Art. R3252-2 do Código do Trabalho³⁵ (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 7550 Euros, sobre a porção superior a 3.870 é possível descontar mais 10% (20%+10%). Se o salário é entre 7550 e 11.250, é possível incluir mais 5% sobre a porção superior a 3.870 (20%+15%). Depois vem porcentagens, além dos 3870 Euros: se a remuneração mensal é entre 11.250 a 14.930 Euros, se pode descontar 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.³⁶

Em sua pesquisa empírica, Karen Bertoncello analisa 254 casos na comarca de Sapiranga (RS), divididos em 71,4% que ganhavam entre 1 a 3 salários-mínimos e 5,9% 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%,³⁷ mas um grande número, 8,3% não responderam ou estavam sem

³² BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 131.

³³ BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015, p. 131.

³⁴ BERTONCELLO, op. cit., p. 54, versão e valores de 2011.

³⁵ Acessível in Article R3252-2 - Code du travail - Légifrance (legifrance.gouv.fr) . (17.07.2021).

³⁶ 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 €.”

³⁷ BERTONCELLO, op. cit., p. 95-97.

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, utilizam 43,6 e moradia a 45,8% na alimentação, 11,9 a 5,42% no aluguel, 10,8-10,03% em luz, de 5,2 a 11,02% em medicamentos, de 4,55 a 1,74% em educação, 4,22 a 4,34% em água, 4,31-5,99% em telefone, 2,2ª 3,88% em impostos, 2,04 a 0,18% em pensão alimentícia, de 1,27 a 1,31% em planos de saúde e congêneres.³⁸ Esta 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 demonstra que a lista de exemplos da Comissão Temporária, acrescido do telefone, impostos, pensão alimentícia, se existente, 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 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.³⁹

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 “com garantia real, dos financiamentos imobiliários, as contraídas por indenizações judiciais, dívidas alimentícias, dívidas fiscais, dívidas de condomínio, dívidas rurais e de aluguel”, estas “deverão ser levadas em conta para o estabelecimento do mínimo existencial do consumidor, mas que ficam fora do processo de repactuação de dívidas.” Ainda que o “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 SM e 30% a 35% de

³⁸ BERTONCELLO, op. cit. p. 105 e 105, 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.

³⁹ Manifestação do Prof. Dr. Manuel Enríquez García, para o Senado Federal.

máximo de disponibilidade para o pagamento do plano de repactuação.⁴⁰ A jurisprudência parece concordar com esta necessidade do mínimo existencial ‘substancial’ ter uma base fixa (“*Os descontos, todavia, não podem ultrapassar 30% (trinta por cento) da remuneração percebida pelo devedor.*”), por sua direta relação com a dignidade da pessoa humana (STJ, AgRg no REsp 1206956/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.⁴¹ Neste sentido, as faixas da lei francesa, que permitem aos que mais ganham, comprometer uma maior parte de sua renda na repactuação (e consignação) parece ser uma boa saída.

A) O mínimo existencial na Lei 14.18.2021

A opção da Lei 14.181,2021 foi deixar este tema para a regulamentação. A Lei menciona 5 vezes o mínimo existencial:

1. No art. 6, 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, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras

⁴⁰ Veja Nota assinada por Claudia 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”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136 (2021), no prelo.

⁴¹ 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 1831959/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2019, DJe 18/10/2019).

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.*”⁴² 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. 6, consideramos que o mínimo existencial deve ser preservado em todos os planos de repactuação da Lei 14.181,2021.

⁴² BERTONCELLO, op. cit., p. 132.

Também a Comissão de Juristas incluiu no PL 283,2012 mais menções ao mínimo existencial ‘substantial de consumo’, como demonstra o quadro-comparativo da parte III desta obra (grifos nossos), a saber:

1. Como finalidade dos instrumentos de Política Nacional de Defesa do Consumidor:
“Art. 5...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.”
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'), 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") 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'). Estas menções são suficientes para esclarecer que esse elemento finalístico ou teleológico da definição de superendividamento pode já 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.⁴³

A Faculdade de Direito e o PPGD UFRGS, através do Centro de Estudos Europeus e Alemães e do Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS, em conjunto com a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ organizou, em 17 de agosto de 2021, a '*I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ*', contando com apoio do Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, do Instituto do Capitalismo Humanista, do

⁴³ Veja os gráficos em que há entre 9,77 a 10,24% de outras despesas mensais, BERTONCELO, op. cit., p. 104 e 105.

Instituto Brasileiro de Direito Contratual, do Balcão do Consumidor da PUCRS, do Grupo de Pesquisas CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização' UFRGS, do Grupo de Pesquisa CNPq 'A Simbiose entre o Público e o Privado' UFRJ e da Associação Alumni da Faculdade de Direito da UFRGS. O evento teve um encontro preparatório, em 26 de julho, e dois Grupos de Trabalho com apresentação de trabalhos, além de várias palestras, apresentações de teses e enunciados. Contando como um todo com intensa participação de professores, de alunos da graduação e da pós-graduação da UFRGS e da UFRJ, assim como das Universidades Federais de Minas Gerais, de Uberlândia, da Grande Dourados, de Mato Grosso do Sul, de Pelotas, de Santa Maria, Federal Fluminense, da PUC-RS, PUC-Rio, PUC-PR, PUC-SP, UNINOVE, UNISANTA, da IMED, da Uniritter, da UNIFRA, UniSUAM, da UIP-São Paulo, além de participantes externos da Bolívia, Guiné-Bissau e da Argentina, das Comissões de Defesa do Consumidor da OAB-RS, OAB-PR e OAB-PE e do IDEC-São Paulo. Neste evento vários enunciados⁴⁴ foram voltados para ajudar a estabelecer o mínimo existencial na Lei 14.181,2021:

Enunciado 4. A menção ao mínimo existencial, constante da Lei 14.181/2021, deve abranger a teoria do patrimônio mínimo, com todas as suas aplicações doutrinárias e jurisprudenciais.

Autor: Prof. Dr. Flávio Tartuce

Enunciado 5. A falta de regulamentação do mínimo existencial, que tem origem constitucional, não impede o reconhecimento do superendividamento da pessoa natural e a sua determinação no caso concreto.

Autora: Prof. Dra. Ana Carolina Zancher

Enunciado 6. Considera-se mínimo existencial, aos efeitos do disposto da Lei 14.181/21, os rendimentos mínimos destinados aos gastos com a subsistência digna do superendividado e de sua família, que lhe permitam prover necessidades vitais e despesas cotidianas, em especial com alimentação, habitação, vestuário, saúde e higiene.

Autores: Prof. Dra. Ana Carolina Zancher e Profa. Dr. André Perin Schmidt

Enunciado 7. A noção do mínimo existencial tem origem constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e é autoaplicável na concessão de crédito e na repactuação das dívidas, visando a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor pessoa natural, por força da Lei 14.181,2021, cabendo a regulamentação prevista na Lei, sob o limite da proibição de retrocesso, esclarecer o mínimo existencial de consumo deve ter relação com 'o menor valor mensal não tributável a título de imposto de renda' ou ser feito por faixas de renda, como na França, com um valor fixo 'vital' de um salário mínimo ou de 2/3 do salário mínimo, em todos os casos.

⁴⁴ Veja <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/jornada-aprova-enunciados-lei-superendividamento> (20.08.2021)

Profa. Dra. Dr. h.c. Claudia Lima Marques, Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, Profa. Dr. Sophia Martini Vial e Profa. Dra. Clarissa Costa de Lima

Enunciados que corroboram a tese defendida nesta reflexão que é de sua autoaplicação. 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. Esta nova noção, abstrata, instrumental, substancial, será importante paradigma novo para o CDC.

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”.⁴⁵ 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 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 deste direito.

A lição do direito comparado é também importante de ser apreendida. Diante da crise de solvência da pessoa física-leigo, o consumidor, dois são os caminhos possíveis: “temporizar”, reescalando, planejando, 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 sempre, na concessão e na repactuação (Art. 6,XII do CDC), noção esta que foi incluída na definição de superendividamento e que será muito importante para a prática

⁴⁵ 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.

desta lei. Esperamos, com esta breve reflexão, iniciar o debate sobre o tema.

Neste sentido, permitam-me ao final fazer uma sugestão, em caso de regulamentação futura da noção de mínimo existencial de consumo na Lei 14.181,2021. Se decidirmos que é necessário parametrizar a noção, sugiro deixarem ao juiz uma margem de discricionariedade ou incluir em uma cláusula ‘escapatória’, cláusula que permita em casos excepcionais o juiz flexibilizar o parâmetro. Explico: como a definição de ‘mínimo existencial’ faz parte da definição de superendividamento é necessário evitar o perigo de cometer injustiças e deixar de fora do superendividamento pessoas que necessitam de ajuda no CDC, atualizado pela nova lei, ao colocar o parâmetro muito alto. Também é necessário não reduzir demais o que é mínimo existencial e com isso reduzir todo o superendividado a uma pobreza que será evitada, perpetuando injustiças e estigmas, como um valor muito baixo de mínimo existencial.

A solução de faixas dos franceses parece-me a melhor, mas não importa qual seja a opção do regulador, os limites constitucionais do ‘Übermassverbot’ (proibição de exagero) e ‘Untermassverbot’ (proibição de retrocesso) devem ser considerados e uma cláusula escapatória, deve ser deixada ao juiz no caso concreto. Exemplifico com a essencialidade das coisas para um e outro consumidor, considerando que o mínimo existencial é noção de essencialidade, mas os bens de luxo excluídos pelo Art. 54-A, par. 3 da Lei 14.181,2021 se de alto valor também são noção aberta. Um cavalo é um bem de luxo para um consumidor de Porto Alegre, é um bem normal no interior do país, sem estradas e sem internet, sendo o meio de locomoção do consumidor para seu trabalho. Um carro com câmbio automático pode ser um luxo para uma consumidora e ser bem essencial para uma outra consumidora-deficiente. Sendo assim, ao se parametrizar deve se levar em conta o caso concreto, daí a necessidade de uma cláusula de escape, de exceção, que permita o exame casuístico do mínimo existencial: pois se uma pessoa é deficiente, terá outras necessidades essenciais, do que um consumidor que não o é, talvez até da mesma cidade, da mesma faixa de renda...

Resumindo e concluindo, não é necessário regular a noção de mínimo existencial substancial de consumo da Lei 14.181,2021, por sua origem constitucional, mas se tal regulação for feita deve ter em conta as mudanças de paradigma da Lei. A Lei 14.181,2021 ao atualizar o CDC traz uma mudança de cultura, que não se olhe mais somente a dívida, o negócio jurídico, o contrato de crédito, mas sim a pessoa consumidora e seu mínimo existencial, a necessidade social de reincluir este consumidor na sociedade de consumo, de repactuar suas dívidas de forma global, de recuperá-lo, de manter como um todo sua dignidade, seu *restre a vivre* e com isso assegurar o sucesso de seu plano de pagamento.

Referências

BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor- Mínimo Existencial- Casos Concretos*, São Paulo: RT, 2015.

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

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *restre à vivre*, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 118/2018, p. 363 – 386, Jul - Ago / 2018 (DTR\2018\19476).

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli , SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, COSTA DE Lima, CLARISSA , Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 76, Out / 2010, p. 74 e seg.

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*, vol. 106/2016, p. 135 – 165, Jul - Ago / 2016 (DTR\2016\22309).

FLORES, Philippe, A prevenção do superendividamento pelo código de consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 78, Abr / 2011, p. 67 e seg.

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*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 2 jul. 2021).

MARQUES, Claudia Lima e BENJAMIN, Antônio Herman, Consumer Over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer Bankruptcy legislation, in RAMSAY, Iain et alii (Ed.), *Consumer Over-indebtedness*, Oxford, Hart Publ, 2009, p. 156 e seg.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando R., Superendividamento dos consumidores e o fundamento republicano do Senado, in *ConJur - Superendividamento e o fundamento republicano do Senado* (25.07.2021).

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, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90/2013, p. 265 – 294, Nov - Dez / 2013 (DTR\2013\11632)

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando R.; VIAL, Sophia. Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para “aperfeiçoar a disciplina do crédito”, “para a preven-

ção e o tratamento do superendividamento” e “proteção do consumidor pessoa natural”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136 (2021), no prelo.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284 e seg. E DE AGUIAR, Ruy Rosado Jr. A boa-fé na relação de consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 20 e seg.

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.

_____. 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).

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, in *Revista de Processo*, vol. 193, Mar / 2011, p. 13 e seg

CAPÍTULO 2

A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO ACESSO À JUSTIÇA CONSAGRA A PROTEÇÃO EFETIVA DO CONSUMIDOR?

Danielle Spencer¹

A tutela jurídica do consumidor está relacionada a um direito fundamental, amparado constitucionalmente e, por isso, é merecedor do devido amparo legal, servindo-se dos preceitos basilares constitucionais, como: dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, para que se possa garantir a efetividade do mesmo.

É tema que objetiva demonstrar a importância do devido e adequado amparo do consumidor, harmonizando-se os preceitos do Código de Defesa do Consumidor/1990 com o da Constituição Federal/1988, através de princípios constitucionais e específicos, como a vulnerabilidade e intervencionismo estatal, possibilitando a proteção integral desse sujeito, em qualquer esfera do âmbito jurídico, judicial ou administrativa, sem que se despreste a ordem pública e constitucional.

Assim, consoante dispõe o art. 5º, XXXII², da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a defesa do consumidor é considerada um direito fundamental, observando-se a ampla proteção constitucional estatal, representada por seus três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), os quais devem promover a defesa do consumidor, e consagrando o princípio do dever governamental ou intervencionismo estatal. Dessa forma, a intervenção estatal na relação de consumo se faz imprescindível, pois além de ser o direito do consumidor considerado direito fundamental; é, também, princípio de ordem econômica (art. 170, V, c/c art. 174, *caput*, ambos da CF/88³), o qual deve ser analisado como direito do consu-

¹ Doutora em Direito pela UFPE, Advogada e Professora Universitária

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (sem destaque no original)

³ 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**;

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o **Estado** exercerá, na forma da lei, as funções de **fiscalização**, **incentivo** e **planejamento**, sendo este determinante para o setor

midor oponível ao fornecedor no mercado de consumo, ou seja, direito à prestação positiva, consistindo seu significado mediato no dever geral de proteção, competindo ao Estado editar leis de proteção efetiva, instalar órgãos administrativos voltados à prevenção, fiscalização e resolução de conflitos e garantir o acesso facilitado à justiça.

No mais, consoante leitura do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, há a remessa a uma normatividade infraconstitucional, a saber: o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90, caracterizando como norma jurídica de eficácia limitada, instituindo a proibição de serem editadas leis discriminatórias contra ou entre os consumidores e à revogação de **legislação** antecedente ou **subsequente** que implique direta ou indiretamente **discriminação** ao sujeito mais fraco da relação de consumo – o consumidor, o que constituiria inconstitucionalidade por descumprimento da programação constitucional, garantindo, enfim, o princípio da isonomia.

Outrossim, o acesso à justiça encontra, também, respaldo jurídico constitucional. De início, convém ressaltar seu temo está inserido tanto no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV⁴, competindo ao Estado efetivá-lo, uma vez que, por meio dele, haverá abertura para o exercício dos demais direitos, bem como no preâmbulo⁵ da nossa Lei Maior.

Por sua vez, seu amparo infraconstitucional está consagrado tanto no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VII⁶) quanto no Código de Processo Civil (art. 3º⁷). Constatase, através de uma análise sistemática, que a terminologia “acesso à justiça” deve consubstanciar o denominado Modelo Multiportas, pro-

público e indicativo para o setor privado. (sem realces no original)

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como **valores** supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida**, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VII- o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; (realces de agora)

⁷ Art. 3º **Não se excluirá da apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º **O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.**

§ 3º A conciliação, a mediação e **outros métodos de solução consensual** de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.(sem destaques no original)

piciando a pacificação dos conflitos através da autocomposição, devolvendo-se às partes o diálogo e o poder da negociação, estimulando não apenas a busca pelo consenso, como também a desjudicialização das relações pessoais, como estabelece a Resolução nº 125, 29/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça, garantindo-se uma ordem jurídica justa com soluções efetivas. *In verbis*:

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao **Judiciário** estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante **outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais**, como a mediação e a conciliação; (destaques de hoje)

Constata-se, mais uma vez, o dever do Estado na promoção da defesa do consumidor, assim como é possível interpretar que os aludidos dispositivos, também, incentivam órgãos, de um modo geral, na utilização de métodos de solução consensual de conflitos. Significa dizer que aludidos dispositivos legais, constitucionais e infraconstitucionais, devem ser analisados de forma associada: pois essa foi a real intenção do legislador, assegurando-se, com mais eficácia, a legitimidade de certas entidades na defesa do consumidor seja pela via judicial ou administrativa, com as inovações de ordem processual.

No mais, válido ressaltar que esse modelo multiportas pode ser, de fato, um meio de acesso à justiça, encontrando-se sob a égide, ainda, do art. 5º⁸, do Código de Defesa do Consumidor, onde estão consagrados os instrumentos para execução da Política Nacional das Relações de Consumo.

Dessa forma, observa-se o comprometimento do Estado com o objetivo da realização de uma ordem jurídica justa, por meio do acesso a uma justiça adequadamente organizada, com mecanismos (extra)judiciais capazes de promover, efetivamente, a tutela do consumidor, removendo-se os obstáculos que possam dificultar o legítimo acesso à justiça!

⁸ **Art. 5º** Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I- manutenção de **assistência jurídica**, integral e gratuita para o consumidor carente;

II- instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III- criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV- criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V- **concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.**

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

(destaques de hoje)

Da análise de alguns mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos na relação de consumo

Oportuno trazer à baila o posicionamento Sônia Fernandes⁹ acerca da resolução dos conflitos através da via judicial, que, segundo a autora, não consegue solucionar, de fato, a essência da questão, problema suscitado por ela, como se depreende abaixo:

Contudo, este processo tem se mostrado cada vez mais ineficiente, resurgindo o interesse pelas chamadas vias alternativas, capazes de encurtar ou evitar o processo judicial, num movimento de retorno aos métodos consensuais de solução de conflitos praticados pelos povos antigos, na tentativa de se devolver às pessoas a capacidade de resolverem seus próprios problemas, **desjudicializando as relações pessoais** quase sempre levadas ao Judiciário pela mera falta de comunicação e de conscientização das pessoas sobre os graves prejuízos decorrentes de uma demanda, onde sempre há um vencedor e um vencido, com perdas financeiras e emocionais para ambas as partes, não resolvendo a questão de fundo porque não favorece à busca do consenso. (sem realces no original)

Em outras palavras, mesmo que o Judiciário decida a favor do consumidor, os problemas oriundos da relação entre consumidor e fornecedor *vão* persistir em outras situações não discutidas na seara judicial, *só serão sanadas*, portanto, se forem postuladas em juízo por outros consumidores que se sentirem lesados.

Entretantes, o Poder Judiciário tornou-se, portanto, insuficiente para atender a todas as demandas com justiça. Dessa forma, “... a jurisdição deveria ser utilizada somente quando se mostrasse mais apropriada, evitando-se a sobrecarga e a paralisação dos tribunais com casos em que suas habilidades específicas não seriam necessárias”¹⁰.

Por isso, faz-se imprescindível demonstrar que há outros meios de acesso à justiça ao consumidor, a fim de concretizar o direito insculpido no art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor. Competindo, apenas, questionar se os demais mecanismos de resolução de conflitos *são eficazes para proteger o consumidor seja na sua segurança, saúde ou dignidade*.

⁹ FERNANDES, Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>. Acesso em 05 de outubro de 2018

¹⁰ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** (CRFB/88, Art. 5º, XXXV). Tese (Doutorado). Recife: O Autor, 2017, p. 33

Destafeita, convém esclarecer sobre um novo modelo oferecido pelo Código de Processo Civil, em favor do consumidor, especialmente quando da utilização de outros métodos de solução consensual de conflitos, de forma a adelgaçar a sobrecarga de demandas judiciais, o qual se denomina de Modelo de Múltiplas Portas.

O Sistema Multiportas (Multidoor Courthouse System), idealizado por Frank Sander, pode ser definido “como um mecanismo de aplicação de vários métodos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas, seria disponibilizada uma variedade de meios ou “portas””¹¹, demonstrando-se a possibilidade de efetiva resolução de conflitos entre os indivíduos e, para sua concretização, é salutar que existam múltiplos instrumentos que atendam a demanda dos variados conflitos existentes na sociedade.

Entre os mecanismos de solução de conflito à disposição da sociedade e que permite a autocomposição na relação de consumo, destacam-se as plataformas digitais e os canais de acesso com as agências reguladoras.

Assim, convém delinear algumas considerações a respeito desses mecanismos, a saber:

Consumidor.gov.br

Essa plataforma gratuita, criada pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), em 2004, possibilita uma solução direta entre fornecedor e consumidor pela internet.

Importa salientar que a utilização dessa ferramenta acarretou a suspensão de várias ações judiciais quando da integração ao PJe, com a diminuição de quase 10% de processos judiciais. Convém esclarecer que o PJe é uma plataforma desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça para tramitação de processo.

Por sinal, essa inserção entre a plataforma digital e o PJe ocorreu em 04 de outubro de 2019, através da assinatura de um projeto piloto entre a Secretaria Nacional do Consumidor e o Conselho Nacional de Justiça, o qual objetiva conciliar, mediar, evitando-se o ingresso pelas partes de ações ao judiciário, tendo sido implantado no TJ-DF e no TRF 1ªR.

Convém esclarecer a importância dessa plataforma digital como ferramenta que promove a defesa do consumidor e concretiza a Política Nacional das Relações de Consumo, insculpida no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, como se constata da transcrição abaixo:

A plataforma Consumidor.gov.br é o serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet, totalmente monitorada pelos órgãos de defesa do

11SOUZA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** (CRFB/88, Art. 5º, XXXV). Tese (Doutorado). Recife: O Autor, 2017, p. 33

consumidor e pela Senacon. Atualmente conta com mais de 1,72 milhão de reclamações registradas e 494 empresas participantes.

O funcionamento do serviço conta com alianças estratégicas junto a diversos órgãos de defesa do consumidor, Ministérios Públicos e Defensorias. Com os Tribunais de Justiça, o foco está na atuação do Estado nas ações voltadas à prevenção e solução de conflitos judicializados. Hoje, são firmadas parcerias com 20 Tribunais de Justiça, a saber: Tribunal de Justiça de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal e Territórios, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Espírito Santo e Mato Grosso do Sul.¹²

SINDEC (Sistema Nacional de Informação de Defesa do Consumidor)

Sua função está insculpida nos arts. 105 e 106 do Código de Defesa do Consumidor, constituindo uma política pública com um conjunto de solução tecnológicas, representando o eixo fundamental de integração do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e propiciando o fortalecimento de ação coordenada e harmônica entre seus órgãos, através de uma gestão de políticas de atendimento envolvendo, atualmente 587 Procons, de 27 unidades de Federação, que constitui a base para elaboração da Política Nacional das Relações de Consumo.

Válido ressaltar que o acesso às informações dessa plataforma é princípio constitucional da Administração Pública, reforçando a ideia da prevenção e permitindo a promoção das políticas públicas nacionais integradas para a defesa do consumidor, como se depreende do translado abaixo:

O Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor é o sistema informatizado que integra o atendimento realizado por Procons de 26 estados, do Distrito Federal e de 536 municípios. Como vários estes Procons contam com mais de uma unidade, o Sistema abrange 909 unidades espalhadas por 675 cidades brasileiras, que atendem uma média mensal de 190 mil consumidores.

O sistema consolida registros em bases locais e forma um banco de informações nacional sobre problemas enfrentados pelos consumidores. Desde sua criação, a rede de Procons **integrados ao Sindec cresce progressivamente** e reúne, atualmente, mais de 23 milhões de registros de atendimentos a consumidores¹³.

¹² GOVERNO FEDERAL. JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon lança Consumidor em Números**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94> Acesso em 07 de novembro de 2019

¹³ GOVERNO FEDERAL. JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon lança Consumidor em Números**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94> Acesso em 07 de novembro de 2019

Importante destacar que há um boletim do Consumidor em Números de 2018, lançado em 15 de março de 2019, que constata, de forma comparada, as vantagens proporcionadas por essas duas plataformas digitais (Consumidor.gov e Sindec) que permitem o acesso à justiça pelo consumidor, facilitando a resolução direta dos conflitos entre fornecedor e consumidor, de maneira célere e desafogando o judiciário. É o que se constata da transcrição abaixo:

As duas principais bases de dados sobre as reclamações de consumidores do Brasil estão integradas no boletim **Consumidor em Números**, lançado nesta sexta-feira, dia 15 de março, durante o “Seminário Desjudicialização, Proteção e Defesa do Consumidor”, pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon/MJSP). A publicação anual reúne informações consolidadas do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), utilizado por Procons nos estados, e da plataforma online Consumidor.gov.br, construída e administrada pela Senacon

[...]

O secretário da Senacon, Luciano Timm, explicou o principal objetivo da publicação. “O boletim traz um balanço dos registros das reclamações feitas no ano passado e fornece para o público condições para a análise dos principais problemas identificados no mercado de consumo e, para a Senacon, subsídios para elaboração de políticas públicas voltadas para as boas práticas no setor

[...]

Para a secretária nacional de Justiça, Maria Hilda Marsiaj, as vantagens da conciliação para a solução de conflitos que o consumidor.gov.br traz. “A adoção dos meios de conciliação, mediação e soluções consensuais vem se firmando ao longo do tempo como uma solução séria e efetiva de conflitos. Na realidade, esse tipo de solução vem ganhando cada vez mais espaço. A SNJ aplaude e perfila-se nessa grande iniciativa da Senacon, que está fazendo muito de forma muito rápida a essa luta cuja vitória é da justiça e de todo povo brasileiro”, afirmou.”..¹⁴

Reclameaqui.com.br

É, também, uma plataforma direta entre clientes inscritos e as empresas, permitindo o protocolo e a consulta das demandas do consumidor contra o fornecedor.

¹⁴ GOVERNO FEDERAL. JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon lança Consumidor em Números**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94> Acesso em 07 de novembro de 2019

Proteste.org.br

É uma associação sem fins lucrativos para a defesa dos direitos do consumidor, bastante utilizada, como se constata através dos índices insculpidos no site: das 44.045 reclamações, 81% foram resolvidas em uma média de tempo de 8 dias.

Canais de Acesso às Agências Reguladoras:

Relativamente aos mecanismos utilizados por agências governamentais na resolução extrajudicial de conflitos, interessante trazer à baila o resultado de uma pesquisa¹⁵, realizada no âmbito do projeto Secretaria de Reforma do Judiciário (Projeto BRA 05/036), pautada no Boletim Sindec 2012, o qual registrou os serviços mais reclamados pelos consumidores. Entre os regulados, destacam-se em: 1º a Telefonia Celular, 4º a Telefonia Fixa e 16º o Plano de Saúde. Por oportuno, embora o resultado do Projeto BRA 05/036 tenha sido reflexo do Boletim Sindec 2012, constata-se que não existem grandes modificações, ou até significativas, em relação ao último, Boletim Sindec 2018.

Convém salientar que, segundo o boletim do Consumidor em Números de 2018, embora o setor de telecomunicação apresente o maior número de reclamação pelo consumidor, é, também, o que ostenta o maior percentual em resolução de demandas, como se depreende abaixo:

O setor de telecomunicações foi o que gerou o maior percentual de reclamações pelos consumidores no ano passado com 40,3% no Consumidor.gov.br e 29,2% no Sindec. Ao mesmo tempo, as empresas desse segmento apresentaram os maiores índices de resolutividade das demandas com 89,9% no Consumidor.gov.br e 85,8% nos Procons.¹⁶

O referido Boletim é apresentado, anualmente, pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), no qual se demonstra uma breve análise sobre as demandas de consumo feitas aos órgãos públicos de defesa do consumidor, os quais se encontram integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), observando-se que muitas reclamações envolvem os serviços regulados e, não sendo resolvidas, podem ser levadas a uma judicialização desnecessária, uma vez que as soluções podem ser oferecidas pela empresa prestadora de serviço, até com interação com as agências reguladoras. Por isso,

¹⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013.p. 14

¹⁶ GOVERNO FEDERAL. JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon lança Consumidor em Números**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94> Acesso em 07 de novembro de 2019

é imprescindível analisar se, de fato, os instrumentos de acesso disponíveis aos consumidores pelas empresas e agências são eficazes, assegurando os direitos do consumidor, reduzindo os conflitos e demandas no Judiciário. Outrossim, faz-se necessário aperfeiçoar os mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos nas agências reguladoras, o que permitirá um aumento da eficiência tanto das prestadoras quanto das agências reguladoras, vislumbrando-se o sistema de múltiplas portas e concretizando-se, efetivamente, o acesso à justiça.

No mais, a referida pesquisa observou que um expressivo número de consumidores não tem o hábito de reclamar por seus direitos e os que reclamam, geralmente, fazem diretamente às empresas e, apenas, 2%, daqueles que reclamam, procuram as agências reguladoras. Isso ocorre, segundo a pesquisa, porque os consumidores, embora as conheçam, não sabem o que elas fazem; sendo, portanto, a falta de informação e divulgação o maior problema apontado pelo consumidor para esta situação, o que pode ser explicado

[...] em grande maioria porque as agências são pouco acionadas para resolver problemas envolvendo desrespeito de direitos dos consumidores de empresas reguladas. Nesse sentido, pode-se pensar que há espaço para uma maior participação das agências reguladoras na resolução de extrajudicial de conflitos. Sendo assim, suma primeira ação possível para se ampliar mecanismos desse tipo é a disseminação de informação tanto a respeito dos direitos dos consumidores de serviços regulados, como sobre a possibilidade de se acionar as agências em determinadas situações para resolver problemas envolvendo clientes e empresas.¹⁷

Relativamente à ANS, encontra-se definido no seu Regimento Interno (Resolução normativa nº 197/2009, alterado pela RN nº 292/2012) como mecanismos à disposição do consumidor para resolução de conflitos, extrajudicialmente, a ouvidoria e órgãos com competência para realizar mediação (art. 2º, III, d, 2.3.; art. 51, VI, art. 52-A e outros). Por sua vez, a ANATEL disponibiliza, de acordo com seu Regimento interno (Resolução 270/2002, alterada pela Resolução 489/2007), nos arts. 62 e 63, mediação e arbitragem; além, também, de oferecer o canal “Assessoria de Relações com o Usuário”, órgão subordinado à Presidência da ANATEL, ao qual compete receber solicitação, queixa ou comentário do usuário, encaminhando para as prestadoras tomarem a devida providência e, no caso de impasse, há a remessa ao órgão competente da agência para a deliberação e arbitragem, instaurando-se, neste momento, o Processo Administrativo de Apuração de Descumprimento de Obrigação (PADO). Convém ressaltar que, nesta agência, a ouvidoria possui um papel residual na resolução

¹⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013, p. 35

de conflitos entre agentes regulados e consumidores; sendo, a rigor, competente para solucionar reclamações sobre a atuação da agência.

Outrossim, válido salientar o resultado dessa pesquisa acerca desses instrumentos de acesso ao consumidor para resolução dos conflitos, *in verbis*:

O site da ANS é de fácil acesso para o consumidor entrar em contato com a agência, mas não possui informação suficiente para determinação de procedimentos de reclamação. Os dados coletados pela Ouvidoria limitam-se aos contatos feitos com o órgão; em sua maioria são consumidores insatisfeitos com algum serviço prestado por plano de saúde. A Ouvidoria procura analisar essas demandas e aconselhar a ANS sobre possíveis mudanças. Não há dados, no entanto, sobre demandas solucionadas e sobre a satisfação dos consumidores com as decisões tomadas pelas agências. Outro lado inexistente se refere à qualidade do serviço prestado pelas operadoras de planos de saúde. Nesse sentido, é possível pensar na criação de indicadores de qualidade e, a partir disso, determinar metas a serem atingidas pelas empresas.

No caso da ANATEL, não há clareza sobre o procedimento de análise das demandas dos consumidores no site. [...] A ANATEL também não disponibiliza informações sobre as penalidades sofridas pelas empresas que não alcançaram a meta da IDA ou por ter reiteradas reclamações. Essa ausência de informações pode levar a uma percepção, por parte do consumidor, negativa sobre a efetividade da agência.¹⁸

Observa-se, portanto, que tanto a ANS quanto a ANATEL descumprem princípio básico em que se pauta uma regulação, a saber: participação regulatória. Ao que parece esse princípio existe, apenas, formalmente na Lei 9427/97 (ANATEL), no art. 3º, IV (ampla publicidade); art. 3º, XI (processualidade aberta) e art. 3º, XI (decisão participativa); bem como na Lei 9961/00 (ANS), no art. 10, VI (processualidade aberta) e no art. 13 (decisão participativa).

No mais,

... nota-se que os consumidores tendem a se sentir prejudicados não apenas quando possuem um direito desrespeitado, mas principalmente quando os meios para resolução se mostram ineficazes, gerando o sentimento de injustiça e a busca pelo Poder Judiciário.¹⁹

¹⁸ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013. pp. 44-45

¹⁹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013, p. 56

Portanto, se esses mecanismos são ineficazes, é imprescindível aperfeiçoá-los para que o consumidor possa, de fato, exercer seu acesso à justiça, a fim de se reestabelecer o direito a que faz jus: prestação de um serviço público adequado. Dessa forma, se um dos principais problemas apontados é a insuficiência da informação quando da utilização desses instrumentos dispostos ao usuário; então, se uma linguagem comum for estabelecida entre consumidores, empresas e agências reguladoras, bem como uma cartilha informativa divulgando a atuação das agências, propiciarão uma maior comunicação entre eles, como se constata da transcrição abaixo:

Considerando que o site das agências reguladoras é o canal central de acesso pelos consumidores, a SRJ pode propor uma reestruturação dos sites tornando-os mais homogêneos, isto é, com *layouts* mais simples e seguindo certa padronização, conferindo maior visibilidade às ouvidorias. [...]

Informações com o passo a passo sobre acesso a meios extrajudiciais de resolução de conflitos, divulgando a atuação dos PROCONS e agências, por exemplo, pode ser uma importante ferramenta capaz de transmitir mais segurança e credibilidade aos consumidores que desistem do Judiciário e optarem por acionar a estes órgãos.²⁰

Além disso, outras ações apoiadas nas diretrizes estabelecidas pelo Decreto 7963/13, o qual instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PLANDEC), podem ser elaboradas com o objetivo de criar ou aperfeiçoar mecanismo de resolução extrajudicial de problemas de consumo de serviços regulados. Por oportuno, em que pesem as críticas quanto ao conteúdo normativo do Plandec, pois não apresenta, propriamente, algo inovador e, portanto, não representa uma atitude vanguardista; isto porque aborda assuntos já analisados contunentemente em outras fontes, como o próprio CDC; é digno de elogios, uma vez que eleva a defesa do consumidor ao *status* de uma política de Estado.

Por sinal, do ponto de vista organizacional, quando o Plandec prevê a criação de uma instância institucional de relações de consumo, denominada Câmara Nacional das Relações de Consumo, modelo semelhante poderia ser incorporado às agências reguladoras, aperfeiçoando seus mecanismos, diminuindo as reclamações dos consumidores e evitando possíveis ações judiciais, como estabelece o art. 9º, *in litteris*:

Art. 9º Fica criada a Câmara Nacional das Relações de Consumo, no Conselho de Governo de que trata o art. 7º da Lei nº 10.683, de 28 de

²⁰ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013, pp. 54 e 61

maio de 2003, com as seguintes instâncias para a gestão do Plano Nacional de Consumo e Cidadania:

I - Conselho de Ministros; e

II - Observatório Nacional das Relações de Consumo.

Parágrafo único. O apoio administrativo necessário ao funcionamento das instâncias instituídas no **caput** será prestado pelo Ministério da Justiça.

Ou seja,

Em síntese, o Plano Nacional de Consumo e Cidadania pode criar um arcabouço institucional favorável à implementação das diretrizes propostas para aprimorar a resolução extrajudicial de conflitos entre os consumidores e os prestadores de serviços regulados.²¹

Até porque ele possui instrumentos normativos próprios que asseguram sua execução, como, por exemplo, celebração de convênios, acordos de cooperação, ajustes ou congêneres, com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, como dispõe o art. 13, *in verbis*:

Art. 13. Para a execução do Plano Nacional de Consumo e Cidadania poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, na forma da legislação pertinente.

Outrossim, se as agências melhorarem suas ferramentas, haveria uma maior adesão por parte dos usuários na utilização desses meios extrajudiciais, os quais, se verdadeiramente eficientes, proporcionarão uma celeridade na resolução dos problemas, o que não ocorrerá quando se optar por sua judicialização, demonstrando, ainda, que os mecanismos são confiáveis e assegurando, enfim, a concretização do direito do consumidor.

Válido ressaltar que, além da insuficiência da informação para utilização dos aludidos meios, ainda não há uma articulação entre os órgãos criados, especialmente, para proteger os direitos dos consumidores. A propósito, uma das formas para essa harmonização se concretizar é

²¹ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013, p. 68

Unir as informações coletadas pelos PROCONs com as das ouvidorias das agências, por exemplo, pode ser um importante mecanismo de interação que resulte em um arcabouço institucional favorável à implementação de diretrizes e propostas que aprimorem a resolução extrajudicial de conflitos. Considerar tais dados para elaboração das políticas públicas regulatórias, como indicadores e índices de qualidade das relações de consumo, por exemplo, parece fundamental para um diagnóstico eficiente para prevenir conflitos e convergente com as expectativas dos consumidores.

[...]

Em uma entrevista com Paulo Arthur Góes, Diretor-Executivo da Fundação PROCON-SP, observou-se que, na percepção do entrevistado, a relação entre agências reguladoras e órgãos de defesa do consumidor, embora tenha avançado nos últimos cinco anos, é, de um modo geral, conflituosa. A principal dificuldade mencionada por Góes é a assimetria de informações entre aqueles que integram o setor regulado e os órgãos de defesa do consumidor. Para ele, seria importante institucionalizar o relacionamento entre órgãos como o PROCON e as agências²²

Outrossim, por fim, é indubitável que o principal benefício na utilização de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos nas relações de consumo é, de fato, propiciar uma solução séria, célere e efetiva, cuja glória é da justiça, bem como de toda população brasileira.

Todavia, será que a “porta” escolhida, como a ferramenta extrajudicial de resolução de conflito, é a adequada para solucionar os conflitos oriundos da relação jurídica de consumo?

No mais, oportuno mencionar que “Não é adequado, pois, que um único método possa satisfazer a todos os indivíduos envolvidos em uma divergência”²³.

1 Da desjudicialização: adoção do modelo multiportas versus efetiva proteção do consumidor

Demonstrada está a adoção desse modelo pelo nosso ordenamento jurídico, como um mecanismo de acesso à justiça, desafogando o Judiciário e desempenhando a função jurisdicional através de outros recursos, os quais, por sinal, só precisam ser aperfeiçoados, pelo que se constata da transcrição abaixo:

²² OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013, pp. 58 e 62

²³ SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional** (CRFB/88, Art. 5º, XXXV). Tese (Doutorado). Recife: O Autor, 2017, p. 33

O anseio por justiça é algo quase intrínseco ao ser humano. Deste modo, o acesso à justiça revela-se de imensurável relevância, visto que ao acessá-la cumpre-se os direitos constitucionais assegurados, trazendo a paz social desejada desde os primórdios da humanidade. Diante disto, a amplitude de tal acesso demonstra ser, inexoravelmente, um fator a contribuir para o descongestionamento do Judiciário, tendo por consequência maior: a mobilidade/efetividade processual, a qualidade da prestação jurisdicional, como também a redução do número de ações em juízo²⁴.

No mais,

*É importante ressaltar que ao oferecer aos consumidores meios de resolução de conflitos, as agências reguladoras podem contribuir para resolver pelos menos três “desafios”: a) garantir a satisfação dos direitos dos consumidores sem que seja necessário judicializá-los e, talvez mais importante b) exercer um papel preventivo do conflito entre empresas e consumidores e c) aumentar para os consumidores a percepção de que reclamar direitos tem resultados positivos.*²⁵

Uma vez verificada a assunção do sistema de múltiplas portas, não apenas pelo Código de Processo Civil, como também pela Constituição Federal e Código de Defesa do Consumidor, não mais convém analisar o termo “acesso à justiça” na sua acepção tradicional, compreendido, apenas, como acesso ao Poder Judiciário, consagrando-o, somente, como mera faculdade de peticionar, a qual não pode garantir, efetivamente, os direitos tutelados. Dever-se-á, então, interpretar o termo, por estar incluso no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana, como aquele que objetiva uma justiça material e não somente de cunho exclusivamente formal.

Corroborando com este raciocínio, válido trazer a lume o posicionamento de Talden Farias²⁶ sobre a expressão:

Em um primeiro momento isso significa que o acesso à justiça se realiza apenas com a eficácia da decisão judicial, manifestada pela efetividade da entrega do objeto da prestação jurisdicional.

²⁴ SILVA, Samira Ribeiro da; NEVES, Gabriela Angelo; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Acesso à Justiça e sistema multiportas de composição de conflitos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18246&revista_caderno=21>. Acesso em out 2018.

²⁵ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1., 2013, p. 65

²⁶ FARIAS, Talden. **Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça**, Imprensa: São Paulo, Oliveira Rocha, 2003, n. 52, jul 2007, p. 122

Porém, em um segundo momento isso implica dizer que o acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso aos direitos que cada cidadão tem, o que nem sempre ocorre por intermédio do Poder Judiciário. Nesse diapasão, ganham força novos mecanismos de resolução de conflitos, como é o caso [...], dos TACs etc.

Urge, pois, por uma interpretação teleológica, a qual dará primazia aos fins sobre os meios oferecidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que o essencial é solucionar os conflitos sociais de forma mais célere, econômica e informal, independentemente de quem os resolva, seja através do Poder Judiciário ou por outro meio disponibilizado pelo Estado.

Assim, foi importante refletir sobre essas ferramentas extrajudiciais de resolução de conflito, enquanto instrumento de efetivação do acesso à justiça, a fim de se observar que, na realidade, a “porta” escolhida foi ou não a adequada para solucionar o conflito.

Por sinal, segundo o Ministro Dias Toffoli a utilização de mecanismos extrajudicial de resolução de conflito propicia, ainda, o fortalecimento do sistema de múltiplas portas, eis que

A integração do “Consumidor.gov.br” ao PJe também tem o condão de robustecer o sistema multiportas de solução de controvérsias, eis que a ferramenta construída faculta ao jurisdicionado, quando da propositura da ação, buscar negociação direta com o fornecedor demandado.²⁷

Com base nos atributos insculpidos na legislação consumerista, foi possível analisar se os mecanismos de atuação administrativa e de intervenção estatal são eficazes e traduzem os interesses insculpidos na lei protetiva ao consumidor, bem como pontuou a importância de políticas públicas, através do modelo multiportas, o qual possibilitou meios adequados de resolução de conflitos com assunção da função jurisdicional por outros órgãos administrativos.

Todavia, urge apresentar algumas inquietudes acerca do tema, a fim de refletirmos sobre a desjudicialização como forma de proteção, de fato, do consumidor, eis que:

- a. a utilização dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos pelo consumidor é voluntária ou compulsória? Ou seja, é preciso o consumidor comprovar o uso desse sistema antes de judicializar?

²⁷ COELHO, Gabriela. **ATUAÇÃO OTIMIZADA: CNJ lança plataforma integrada ao PJe para soluções dos conflitos de consumo**. Revista Consultor Jurídico, 07 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/cnj-lanca-plataforma-solucoes-online-conflitos-consumo> Acesso em 07 de novembro de 2019.

Segundo os autores ANDRE VASCONCELOS ROQUE, FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, LUIZ DELLORE, MARCELO PACHECO MACHADO E ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA JR, é imprescindível a utilização prévia da ferramenta administrativa, pelo que se constata abaixo:

Assim, salvo nos casos excepcionais acima expostos, se houver uma demanda de consumo ajuizada em face de empresa cadastrada no sistema, é lícito ao juiz determinar ao autor que comprove ter utilizado previamente a plataforma consumidor.gov.br (CPC, arts. 6º, 10 e 321), sob pena de indeferimento da inicial, por falta de interesse de agir (CPC, art. 330, III). Portanto, apenas após a comprovação de uso desse sistema – e insucesso na composição extrajudicial – é que o juiz determinaria a citação do réu.²⁸

Por sua vez, o Conselho Federal da OAB repudiou tal medida compulsória por parte do Consumidor, pois entendeu que não se pode dificultar o acesso à justiça e transferir responsabilidade desse condão. É o que se depreende da leitura abaixo:

A plataforma governamental Consumidor.Gov não pode transferir a responsabilidade de tentativa de resolução de conflitos dos fornecedores — iniciativa privada — para o setor público, quando não há análise da petição inicial pelo julgador e este de pronto, e, de forma padronizada, determina a suspensão do processo para uso da plataforma Consumidor.Gov.”

O texto ainda argumenta que a ferramenta não pode ser usada para dificultar o acesso à Justiça. “A plataforma é um instrumento valioso e deve ser incentivada, porém, sem retirar a atuação dos players do mercado na resolução dos conflitos, nem tampouco, colocar o consumidor em situação de constrangimento, ao forçá-lo (como está sendo feito em alguns lugares) a conversar com quem lhe deu as costas durante várias tentativas, ou se pensa que o consumidor busca o Judiciário sem antes ter sido injustiçado?”²⁹

- b. a transferência da resolução de conflitos do âmbito do judiciário (judicialização) para a esfera administrativa (desjudicialização) resolverá o problema do consumidor?

²⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. MACHADO, Marcelo Pacheco. OLIVEIRA JR, Zulmar Duarde **Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br**. Disponível em : <https://m.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo#curriculum>Acesso em 07 de novembro de 2019

²⁹ SANTOS, Rafa. **RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: Para OAB, plataforma de direitos do consumidor pode dificultar acesso à Justiça**. Revista Consultor Jurídico, 14 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-14/plataforma-direitos-consumidor-dificultar-acesso-justica> Acesso em 07 de novembro de 2019

- c. qual o real significado ou objetivo da utilização compulsória dos recursos administrativos na resolução dos conflitos? seria apenas reduzir as ações judiciais e desafogar o judiciário?
- d. qual seria o interesse público na proteção do consumidor quando da adoção de alternativas extrajudiciais de conflito?
- e. a necessária utilização da instância administrativa pressupõe eficiência mínima dessa instância?
- f. há algum tipo de dificuldade no acesso a essas ferramentas administrativas de resolução de conflitos?
- g. é preciso substituir a cultura da judicialização pela desjudicialização?
- h. qual o real significado da terminologia acesso à justiça? é necessária sua releitura?
- i. o modelo de múltiplas portas é eficiente? as ferramentas extrajudiciais de resolução de conflito são eficazes? ou é preciso fortalecê-las?

Essas são, portanto, algumas reflexões que merecem ser discutidas e esclarecidas para que possamos melhor compreender o objetivo da desjudicialização na promoção da defesa do consumidor, protegendo-o satisfatoriamente.

Das considerações finais: educar é preciso

Após essas breves ponderações, é possível, agora, afirmar que com a atuação administrativa do Estado na aplicação das leis em vigor no Brasil, reduzir-se-á o trabalho do Judiciário; bem como esclarecer que o caráter de norma pública atribuído ao CDC, no seu art. 1º, derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros legais, o que é oriundo do reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais, das quais resultam consequências especialmente relevantes, podendo-se destacar: a) a Constituição tem aplicabilidade direta e indireta às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais, como é o caso da relação de consumo (art. 5º, XXXII); b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis; e c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o interprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais. Assim, as relações patrimoniais devem ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu maior valor.

Importa reiterar que os valores insculpidos na nossa Constituição Federal devem repercutir em todas as legislações infraconstitucionais, como ocorre com o nosso Código de Defesa do Consumidor pelo que se constata da interpretação já realizada do seu art. 4º, ao impor a intervenção estatal nas relações de con-

sumo, a fim de promover a tutela da dignidade do consumidor. A intervenção do Estado na esfera privada não é uma espécie de autonomia pública, mas uma contingência histórica e social, que não é livre de qualquer conteúdo e que precisa da mediação legal e de sua conformidade constitucional para que possa ser aplicada.³⁰

Outrossim, a desjudicialização, como acesso à justiça, não é capaz, *a priori*, infelizmente, de resolver, de vez, o problema do consumidor, de forma satisfatória, pois poucos são aqueles que buscam a tutela do seu direito, seja porque o desconhece ou mesmo porque ignora os mecanismos a sua disposição para solucioná-lo. Por outro lado, a não utilização da desjudicialização implicaria em ofensa ao acesso à justiça, como direito assegurado ao consumidor em vários diplomas legais, como já explicitados.

Por isso, é imprescindível educar o consumidor, conscientizando-o acerca dos seus direitos, o que se faz por meio de uma informação clara, precisa e suficiente, bem como exigir do fornecedor uma conduta proba quando da disponibilização de um produto ou serviço de qualidade, a fim de não comprometer os pilares da relação de consumo, a saber: segurança, saúde e dignidade do consumidor.

Dessa forma, assegurar-se-á, por completo, a proteção do consumidor, “cortando-se o mal pela raiz”, isto é, resolvendo-se, definitivamente, o problema do consumidor através da concretização do direito à educação e informação, consoante o comando do art. 6º, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, bem como o aprimoramento e aperfeiçoamento das ferramentas extrajudiciais de solução de conflitos à disposição do consumidor.

Referências

COELHO, Gabriela. **ATUAÇÃO OTIMIZADA: CNJ lança plataforma integrada ao Pje para soluções dos conflitos de consumo**. Revista Consultor Jurídico, 07 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-07/cnj-lanca-plataforma-solucoes-online-conflitos-consumo> Acesso em 07 de novembro de 2019.

FARIAS, Talden. Termo de Ajustamento de Conduta e Acesso à Justiça, in **Revista dialética de direito processual: RDDP**. Imprensa: São Paulo, Oliveira Rocha, 2003, n. 52, p. 116–124, jul., 2007.

FERNANDES. Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo código de processo civil – Câmaras de mediação e conciliação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>. Acesso em 05 de outubro de 2018

³⁰ *Idem. Ibidem*, p. 268

GOVERNO FEDERAL. JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon lança Consumidor em Números**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94> Acesso em 07 de novembro de 2019

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. RIBEIRO, Leandro Molhano. **Utilização de meios de resolução extrajudicial de conflitos no âmbito de serviços regulados por agências governamentais**, 1ª. ed. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1. 116p, 2013.

ROQUE, Andre Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. MACHADO, Marcelo Pacheco. OLIVEIRA JR, Zulmar Duarde **Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br**. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo#curriculum> Acesso em 07 de novembro de 2019

SANTOS, Rafa. **RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: Para OAB, plataforma de direitos do consumidor pode dificultar acesso à Justiça**. Revisa Consultor Jurídico, 14 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-14/plataforma-direitos-consumidor-dificultar-acesso-justica> Acesso em 07 de novembro de 2019

SILVA, Samira Ribeiro da; NEVES, Gabriela Angelo; RANGEL, Tauã Lima Verdán. **Acesso à Justiça e sistema multiportas de composição de conflitos**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18246&revista_caderno=21>. Acesso em out 2018.

SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. **A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/88, Art. 5º, XXXV)**. Tese (Doutorado). Recife: O Autor, 2017.

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO 3

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA PANDEMIA DA COVID-19

Rosana Grinberg¹

Raimundo Gomes de Barros²

Introdução

A pandemia do coronavírus – Covid-19 - mudou radicalmente a vida das pessoas no mundo todo. No Brasil, não foi diferente. Mudamos a maneira de nos relacionarmos com o mundo, com os nossos familiares e amigos, com o nosso trabalho, com a internet e com inúmeras outras coisas e situações, que, em verdade, nunca mais foram iguais desde março de 2020, quando começou a se expandir em nosso País, motivando e levando as autoridades governamentais a determinarem o isolamento social, o distanciamento das pessoas, o confinamento residencial e a consequente orientação de lavagem frequente das mãos, de uso de máscara e álcool gel.

A nova realidade trouxe enormes e complexos desafios, provocando inúmeros debates e a necessidade de respostas diversas. Nesse cenário, a vida cotidiana tornou-se mais complexa, com reflexos em várias áreas do direito, notadamente no direito do consumidor, exigindo novos posicionamentos.

Atualmente, mais de 01 (um) ano desde o início desta terrível pandemia, ainda há muito que se discutir e questionar. Indaga-se, por exemplo, quais os principais tormentos e sofrimentos enfrentados e atravessados durante esse período nas searas de nossas relações de consumo? E o que podemos ter como expectativa futura, principalmente a curto e médio prazo?

Diante dessas inquietações, o presente trabalho pretende, ainda que numa análise superficial, questionar sobre o agravamento da vulnerabilidade do consumidor em face da sua posição de inferioridade no mercado de consumo, tendo em vista as consequências decorrentes da pandemia do coronavírus – Covid-19 -, e a normatização pertinente contida na Lei nº 14.010, de 20 de março

¹ Advogada. Membro da CDOAB/PE. Presidente da ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor. Membro efetivo e Diretora Cultural da APLJ – Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Procuradora de Justiça Aposentada.

² Advogado. Membro da CDOAB/PE. Diretor Jurídico da ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor. Procurador Federal Aposentado.

de 2020 – que vigorou até 30 de outubro do mesmo ano -, e que dispôs sobre o regime emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado, sob a perspectiva de equilibrar as relações jurídicas de consumo entre consumidor e fornecedor e na Lei nº 14.034, de 05 de agosto de 2020, - com vigência até dezembro de 2021 -, esta que cuida dos contratos aéreos.

A vulnerabilidade do consumidor, embora prevista expressamente em lei, no caso específico da pandemia do coronavírus – covid19 -, que ora atormenta os cidadãos de todos os países do mundo, de certa forma apresenta-se agravada pela soma de riscos e condições adversos a ele (consumidor) impostos.

Isto se afirma porque, de modo geral, presentes como se encontram as restrições de isolamento e distanciamento social, é justamente o consumidor que não pode prescindir da aquisição de produtos e serviços para sua subsistência, que ficou impossibilitado de selecionar produtos e/ou serviços, bem como de pesquisar com certeza os respectivos preços.

É verdade que, mesmo diante do acesso irrestrito aos fornecedores de produtos e/ou serviços, por via eletrônica, encontra-se o consumidor limitado a comprar o produto ou o serviço de livre escolha do fornecedor. Ao consumidor cabe tão somente pagar o preço.

1 Conceito de vulnerabilidade

A base de proteção desse sujeito especial é a vulnerabilidade, condição essencial e imprescindível à figura do consumidor. Impensável a existência de consumidor que não seja vulnerável, até mesmo porque o não-vulnerável é o profissional, e, portanto, está no outro lado da relação jurídica de consumo, na condição de fornecedor.

Vulnerabilidade é conceito de ordem material, insito no inciso I do art4º do CDC, como princípio da política nacional das relações de consumo, inerente a própria condição de consumidor, e desse indissociável, norteador da própria identificação da pessoa do consumidor.

Reconhecer a vulnerabilidade do consumidor é fundamental para cumprir o objetivo de atender as suas necessidades, respeitar sua dignidade, saúde e segurança, proteger seus interesses econômicos, melhorar sua qualidade de vida, buscando a transparência e harmonia das relações de consumo, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo – PNR.

Vulnerabilidade é estado de sujeição. Nada tem a ver, portanto, com posição econômica, cultural ou social. Vulnerável é a parte mais frágil da relação jurídica de consumo, no sentido da impossibilidade de modificar as condições fáticas ou jurídicas que lhe são impostas pela outra parte, que ocupa a posição de superioridade no mercado de consumo, economicamente mais forte e com

mais condições de impor regras do mercado.

E essa sujeição atinge todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, quando na condição de consumidoras, igualando ricos e pobres, cultos e analfabetos. Até mesmo os fornecedores, os profissionais, em diversos momentos de suas vidas são consumidores.

Uma empresa, que comercializa aparelhos eletrônicos, por exemplo, que adquire alimentos preparados para fornecimento aos seus empregados, o faz na condição de consumidor *stricto sensu*, pois destinatária final fática e econômica do produto, tendo sua vulnerabilidade presumida, por falta de conhecimentos específicos sobre o produto adquirido.

É assim, que, no momento da compra de um veículo, que saiu com defeito de fábrica grave na barra de direção, atingindo toda uma série de determinado modelo, tanto faz tenha o veículo sido adquirido por um grande, poderoso e conhecido empresário ou tenha sido adquirido por um simples profissional liberal.

Nesse momento, ambos são consumidores destinatários finais, pois compraram o carro para utilização privada, própria e das respectivas famílias, devendo-se utilizar das normas protetivas do CDC para exigir a troca do veículo ou a reparação e/ou substituição da parte viciada.

É essa sujeição que faz com que um grande jurista, profundo conhecedor das normas do CDC, professor universitário, no momento que vai comprar um imóvel para nele residir, portanto, na condição de destinatário final, ao se deparar com as cláusulas leoninas do contrato de compra e venda, ou assina na forma como lhe é apresentado ou não compra.

Isso porque, caso se insurja contra a abusividade, com certeza vai ouvir do construtor ou incorporador que se não quiser assinar não comprará o imóvel. E ele assina, porque se for procurar outra empresa do ramo vai se deparar com o mesmo tipo de contrato e de cláusulas abusivas.

No idêntico pensar, esse mesmo empresário assina seu contrato de plano de saúde com cláusulas leoninas, compra televisão que pode vir sem som ou sem imagem, ingere comida estragada num restaurante, tem aparelhos eletroeletrônicos danificados por queda de energia elétrica, e pode até mesmo ter o seu nome lançado no SPC ou no SERASA, por engano.

Vulnerabilidade, por conseguinte, significa falta de conhecimento técnico, jurídico ou científico a respeito do produto ou do serviço adquirido ou utilizado, ou a impossibilidade de modificação das condições fáticas ou jurídicas, ou das cláusulas contratuais que são impostas pelo fornecedor, em contratos adesivos, por este pré-elaboradas unilateralmente.

A vulnerabilidade é a própria razão de ser da existência do CDC. Em função dela, foi idealizado e elaborado. E é em função dela que se justifica e se fundamenta.

Por decorrência, não há que se confundir vulnerabilidade com hipossuficiência. Esta é, no CDC, conceito de ordem adjetiva, processual, utilizado pelo juiz como um dos requisitos para inverter o ônus da prova³.

Hipossuficiência, no sentido dado pelo CDC, é conceito de ordem técnica. Redunda na impossibilidade de o consumidor fazer a prova em juízo dos fatos objeto da demanda.

Nada impede, contudo, que o consumidor seja ao mesmo tempo hipossuficiente técnico e econômico. Mas a hipossuficiência aqui é essencialmente técnica, por isso mesmo, tanto um consumidor hipossuficiente econômico como uma pessoa de alto poder aquisitivo, ou de grande cultura ou posição social, terão a mesma dificuldade de provar, exemplificativamente, que perdeu seu aparelho eletroeletrônico, por força de uma queda de energia elétrica.

2 Vulnerabilidade nos contratos de transporte aéreo

Com o advento da pandemia da Covid-19, esta vulnerabilidade do consumidor restou extremamente agravada em todos os setores da economia, como se demonstrará mais de espaço.

Relativamente aos contratos de transporte aéreo, restou o consumidor prejudicado, na medida em que a lei federal nº 14.034/2020 determinou que o reembolso do valor de passagem aérea devido ao consumidor por cancelamento de voo, no período compreendido entre 19 de março a 31 de dezembro de 2021, será realizado pelo transportador no prazo de 12 (doze) meses, contado da data do voo cancelado.

O dano aí causado ao patrimônio do consumidor é flagrante, inquestionável e desproporcional. Isto se afirma, porque o reembolso só se efetivará no curso de 01 (um) ano, e, mesmo sendo um valor corrigido, não está levando em consideração a possibilidade de o consumidor ter adquirido o seu bilhete através de pronto pagamento, e, sobretudo, sem considerar – o que é ainda mais grave – que o consumidor, via de regra, não dispõe de recursos para promover empréstimos. Que é o caso.

Demais disso, mostra-se exorbitante transferir o risco da atividade para o consumidor – que é próprio do fornecedor –, como efetivamente ocorre na situação ora prevista em lei.

A bem da verdade, assiste-se a repetição de decisão adotada em 1999, quando ocorreu o aumento exorbitante do valor do dólar americano, à época tido como fator de correção dos contratos de ‘leasing’ notadamente no financiamento de veículos, quando os tribunais brasileiros – quase todos – com objetivo

³ BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília: Ministério da Justiça, 2017. artigo 6º, inciso VIII. p. 13.

de sustentar a inexistência de relação de consumo, se posicionaram no sentido de que seria inadmissível a aplicação da cláusula ‘rebus sic stantibus’ para substituição da moeda estadunidense (dólar) indexada contratualmente, tendo em vista a ausência de relação de consumo.

E, no final daquela batalha, que envolveu parcela considerável da população brasileira, ao ser levada a controvérsia ao STJ, ali a Corte, depois de uma longa discussão, inclusive, com pronunciamentos individuais de Ministros e de Turmas, terminou por reconhecer que se tratava de uma relação de consumo, porém, ao invés de isentar os consumidores da extorsão de que foram vítimas, determinou que fossem divididos os prejuízos entre estes e os bancos. E assim foi feito, em decisão salomônica, adotando a teoria do ‘ganha mais não leva’.

Translitera-se a seguir a mencionada decisão do STJ que assim pontificou⁴:

“Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99, inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula decotado, tão somente o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.”

Agora, e sob outra circunstância, praticamente do mesmo modo, a Lei nº 14.034/2020 determina que a devolução de valores pagos pelos consumidores seja realizada pelas empresas de transporte aéreo no prazo de 12 (doze) meses. Nas duas situações, assim o STJ como o Governo Federal, através da lei suprarreferida, de certa forma, fazem cortesia com chapéu alheio, sendo certo que o consumidor não dispõe da mesma capacidade econômica do fornecedor, com quem se viu obrigado a dividir o prejuízo.

Observe-se que o Código Civil, no seu art.740, dispendo sobre o direito de rescindir contrato de transporte, assegura ao passageiro esta prerrogativa, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, com retenção de 50% (cinquenta por cento) a título de multa. Todavia, o CDC proclama a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art.4º) e, nessa condição permanece independente de pandemia. Demais disso, o art.14, § 3º, inciso II, da lei protetiva assegura que a excludente da responsabilidade do fornecedor somente ocorre quando presente a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse sentido, a 3ª Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento à pretensão da Agravante Transportes Aéreos Portugueses S.A., sendo Agravada a

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 472.594/SP**, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Órgão Julgador – Segunda Seção, Data do Julgamento 12/02/2003, Data da Publicação DJe 04/08/2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234068/recurso-especial-resp-472594-sp-2002-0132082-0> . Acesso em: 11 jul. 2021.

consumidora Flavia Sobrosa Machado, mantendo o Acórdão do TJGO, no sentido de que, em caso de atraso de voo, em face da pandemia da COVID-19, impôs condenação por danos morais.

No seu voto, o Ministro Relator⁵ pontuou que:

“Em suas razões, a agravante alega, essencialmente, que (I) em razão da epidemia do COVID-19, o processo deveria ser suspenso por 120 dias, por motivo de força maior, de modo a repensar e reestruturar a política de processamento de reembolsos e solicitações de remarcação de bilhetes, e, para tal, é necessário aguardar as autoridades assinalarem com uma previsão de normalização do surto; [...]”

Do voto, colhe-se a seguinte asserção⁶:

“Inicialmente, não há razão para suspensão do processo, porquanto, embora a pandemia da COVID-19 tenha alterado a malha aérea e esteja causando prejuízo para a agravante, o fato é que tal circunstância se reflete para todos os cidadãos e empresas do país e do mundo, de modo que, deferida a suspensão, teríamos que suspender o trâmite dos processos de todas as empresas e pessoas físicas que estejam sofrendo quaisquer transtornos [...]”

Note-se que esse julgamento do STJ ignorou os termos da lei nº 14.034/2020, ora sob comento, na medida em que ocorreu em outubro de 2020, estando a lei já vigente desde agosto do mesmo ano, no caso, portanto, decidindo em favor do consumidor.

Apesar de se tratar de uma decisão de Turma do STJ, o certo é que isso demonstra, de forma exauriente, a dificuldade que as autoridades brasileiras, aí incluídos governantes e tribunais, enfrentam na hora de decidir sobre o cumprimento da lei, no caso o Código de Defesa do Consumidor, instituído no direito brasileiro por determinação constitucional.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1839165/GO (2019/0280151-4)**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador – Terceira Turma, Data do Julgamento 19/10/2020, Data da Publicação DJe 27/10/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902801514&dt_publicacao=27/10/2020. Acesso em: 11 jul. 2021.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1839165/GO (2019/0280151-4)**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador – Terceira Turma, Data do Julgamento 19/10/2020, Data da Publicação DJe 27/10/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902801514&dt_publicacao=27/10/2020. Acesso em: 11 jul. 2021.

Demais disso, essa malsinada lei nº 14.034/2020⁷, aproveitando-se da situação emergencial da pandemia da Covid-19, de forma sorrateira, promoveu acréscimos definitivos ao Código Brasileiro de Aeronáutica, altamente danosos ao passageiro/consumidor, como se vê do art.251-A⁸: “A indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha na execução do contrato de transporte fica condicionada à demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário da carga”.

Este dispositivo do CBA praticamente extingue a pretensão de qualquer sujeito, inclusive, o consumidor de obter sucesso em demandas que objetivem indenização por dano moral, na medida em que até o presente momento não existe meio idôneo para que alguém possa demonstrar a efetiva ocorrência de prejuízo e a sua extensão para justificar esse tipo de dano. É a típica exigência de prova diabólica.

3 Vulnerabilidade nos transportes coletivos

Os consumidores que necessitam se deslocar diariamente, através do transporte público são obrigados a se utilizarem de ônibus e/ou trens superlotados, sendo-lhes impossível manter qualquer distanciamento que lhes assegure proteção contra a pandemia da Covid-19 e até mesmo para dar cumprimento às determinações impostas pelas autoridades sanitárias.

Neste passo, cumpre observar que a vulnerabilidade do consumidor, apesar de extremamente agravada, está sendo desrespeitada de forma irresponsável, seja pela usura dos transportadores, seja pela negligência do Poder Público. Ou seja: esses meios de transporte, independentemente da pandemia do coronavírus, que hoje assola o mundo, sempre agiram dessa mesma forma, conduzindo pessoas como se fossem animais. E as autoridades sempre se mantiveram ausentes.

Admita-se que as empresas de transporte devem alegar que também se encontram atingidas pela pandemia, isto que poderá estar influenciando nos seus lucros. Uma justificativa dessa ordem tem que ser refutada, na medida em que não é possível ao senso comum priorizar a questão econômica em detrimento da vida e da dignidade dos consumidores/usuários dos transportes.

Note-se que há determinação de ordem legal, imposta pelos governantes, no sentido da observância incondicional do distanciamento social. Aí estão

⁷ BRASIL. **Lei Federal nº 14.034 de 05 de agosto de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06.08.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm . Acesso em: 11 jul. 2021.

⁸ BRASIL. **Lei Federal nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23.12.1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm . Acesso em: 11 jul. 2021.

incluídas as pessoas que precisam se deslocar diariamente para o respectivo trabalho, não dispendo de condições econômicas para utilização de transporte que não seja o coletivo.

O que se tem testemunhado é a superlotação no transporte público, tanto nos pontos de embarque e desembarque, quanto no interior desses veículos, de tal forma que se pode mesmo afirmar que para essas pessoas não há espaço nem mesmo para respirar.

Observa-se a total irrelevância desses passageiros estarem ou não usando máscaras, uma vez que não há qualquer possibilidade de manterem o distanciamento mínimo, posto que estão permanentemente expostos a todos os riscos de contrair a Covid-19 ou qualquer outra doença.

Isto se afirma porque o ar respirado dentro desses coletivos é inquestionavelmente viciado, impondo-se justamente à população mais carente, que nem pode fugir dos coletivos superlotados e muito menos cumprir com a determinação legal do afastamento social, os ônus de assumir uma responsabilidade que é exclusiva do transportador e o que é mais grave, com a anuência dos governantes, que se omitem e passam para a sociedade a imagem de que estão fazendo tudo o que é necessário para solução do problema.

Essa questão do distanciamento, em todo território brasileiro, não tem sido apenas uma recomendação, mas uma determinação, cujo descumprimento, em outras situações, como por exemplo, fazer uma caminhada na praia ou sentar em um banco de praça, tem sido objeto de prisões de pessoas que a tanto se arriscam, sujeitando-se, portanto, a responder processo por crime de desobediência.

Pois bem: em resposta à proposição da OAB/PE, no sentido da alocação de 100% (cem por cento) de toda a frota de ônibus na rua, o Governo do Estado de Pernambuco⁹, entre outros argumentos, afirmou textualmente:

“Em relação à proposição dessa entidade de alocação de 100% de toda a frota, o Consórcio e a Secretaria concordam na persecução do objetivo do máximo de oferta de serviço possível, fazendo o registro, porém, que tal decisão acarreta necessariamente uma nova revisão tarifária em percentual superior ao aprovado pelo Conselho Superior do Transporte Metropolitano – CSTM, na sua última reunião, em fevereiro/2021 ou, alternativamente, impacto fiscal superior ao já existente com a frota alocada pelo CTM, que já vem despendendo nos últimos meses mais de R\$15 milhões de reais, o que já representa mais de 200% do que se despendia antes da pandemia.”

⁹PERNAMBUCO. Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação. Ofício nº 165/2021 – GAB. **Resposta ao Ofício nº 138/2021-GP, sobre os desafios do transporte público na pandemia de Covid-19**, 15 abr. 2021. p. 2.

E prossegue, aliás, de forma surpreendente¹⁰:

“Portanto, a proposição em questão tem repercussões que vão muito além do CTM e da Secretaria, mas desde já entendemos pertinente que essa entidade da representatividade da OAB contribua no debate e no apontamento de soluções para oferta de serviços ainda maior do que a que hoje se oferece – com muito esforço – num pacto que permita ao CTM envidar ainda mais esforços. Esse pacto pode, por exemplo, contribuir para identificar novas fontes para o sistema que pudessem resultar em mais investimentos do transporte público, de forma perene.”

Ora, essa manifestação do Estado, além de impertinente, chega a ser de uma grosseria inaceitável, na medida em que é público e notório que a OAB não dispõe de qualquer via administrativa ou mesmo judicial que lhe permita indicar fontes de recursos que se destinem ao Estado com a finalidade de subsidiar o transporte coletivo, seja durante a pandemia ou mesmo em qualquer outra circunstância de qualquer ordem.

Mais parece que o Governo está brincando de sugerir soluções no transporte coletivo a serem adotadas por quem não tem qualquer responsabilidade e nem as condições de fazê-lo, posto que a essa entidade de classe cabe tão somente fiscalizar o cumprimento da lei.

É uma forma diversionista de tentar dividir a responsabilidade, que é própria e exclusiva do Poder Público, com quem reclama da sua comprovada ineficiência.

Acrescente-se, ademais, que embora não admitam, esta relação que se estabelece entre o transporte coletivo e os passageiros é uma relação de consumo e, como tal, exige que o risco da atividade seja suportado exclusivamente pelo fornecedor de serviços ou por quem tem o dever de fiscalizá-lo em toda a sua extensão, que, no caso, é o Poder Público.

A esse respeito, veja-se o seguinte entendimento¹¹:

“De todos os contratos, o de transporte é talvez o de maior relevância jurídica e social, porque, diariamente, milhões de pessoas se utilizam dos coletivos para irem de casa para o trabalho e vice-versa. Praticamente ninguém sabe, contudo, que é um contrato de consumo, uma relação jurídica de consumo, dada a abrangência do conceito de serviço no nosso Código do Consumidor, sendo a empresa de ônibus, pública ou privada, fornecedora, pois é uma prestadora de serviços remunerados. Como, mesmo privada, trabalha em regime de concessão, constitui direito básico do

¹⁰ PERNAMBUCO. Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação. *op. cit.*, loc.cit.

¹¹ GRINBERG, Rosana. **Contrato de Transporte é Relação de Consumo**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, RT, ano 10, n. 38, abril/junho 2001. p. 287.

consumidor, usuário do transporte, a adequada, eficaz e segura prestação desse serviço público, com responsabilidade da empresa de reparação dos danos causados, sempre que esta obrigação for descumprida.”

E justifica¹²:

“Trata-se de um contrato de adesão, significando aquele em que o usuário ao dele se utilizar, adere às condições previamente estipuladas e impostas pela empresa de ônibus, sem poder discutir qualquer delas. É um contrato de adesão, de outra parte, com obrigação de fim, de resultado, havendo uma cláusula de incolumidade explícita, pela qual a empresa é obrigada a garantir o bom êxito da viagem, tem que evitar qualquer acontecimento funesto, tem que conduzir o cidadão são e salvo ao local de destino. Se não cumprir esta obrigação, em caso de dano físico, material ou moral, a vítima fará jus a uma indenização, pelos prejuízos sofridos.”

A autora esclarece, ainda, tal como se tivesse se reportando à hipótese de ônibus superlotados em plena pandemia da Covid-19, tendo que cumprir distanciamento social por força de lei, que para fazer jus à indenização¹³:

“[...] basta provar que aquela cláusula da incolumidade não foi assegurada, ou seja, que se utilizou do transporte, dentro dele ocorreu o acidente e que desse acidente lhe adveio o dano, isto é, basta provar o nexo de causalidade. À empresa de ônibus, por outro lado, resta, tão somente, a possibilidade, se quiser, de uma ação de regresso contra o Estado, que tem o dever constitucional de dar segurança aos cidadãos, objetivando se ressarcir dos prejuízos econômicos suportados com o valor das indenizações que vierem a ser pagas”.

E conclui a autora¹⁴: “Mas as empresas transportadoras podem evitar este prejuízo, fazendo, como nos países do primeiro mundo, um seguro social, que nada mais é do que um fundo para indenizar as vítimas”. Mais não é preciso dizer.

4 Vulnerabilidade na falta e no racionamento d'água

A vulnerabilidade das pessoas mais humildes chega mesmo a ser dolorosa, agressiva, desproporcional e extremamente gravosa, na medida em que delas são exigidas condutas cogentes de higiene em face da pandemia da Covid-19.

¹² GRINBERG, Rosana. **op. cit.**, loc. cit.

¹³ GRINBERG, Rosana. **op. cit.**, p. 288.

¹⁴ GRINBERG, Rosana. **op. cit.**, loc. cit.

A ordem para todos os brasileiros é a seguinte: lave as mãos, use máscara e álcool gel. Como se observa, não se trata apenas de uma recomendação, mas de uma determinação. Contudo, estamos a falar de famílias de baixa renda que ocupam residências precárias e em locais sem a menor condição de higiene, e que além de não disporem de água encanada, encontram-se obrigadas a conviver com a falta e/ou o racionamento d'água quase que permanente e a consequente ausência de condições que permitam cumprir esse dever.

A indagação que ora se faz é a seguinte: a que meios poderiam recorrer essas pessoas para darem cumprimento a essas determinações, que se sabe, imprescindíveis para preservação da vida e da saúde?

Além da inexistência de água encanada, essas famílias estão sujeitas não apenas a contrair a Covid-19, mas a toda e qualquer doença. Registre-se, aliás, que essa situação é antiga, existe desde sempre e as populações que nessas áreas residem só sentem um pouco de esperança por ocasião das campanhas eleitorais, quando os candidatos na busca de votos prometem que, se eleitos, resolverão definitivamente esses problemas. Como se trata de pessoas que, além de humildes, são bem intencionadas, não se cansam de sempre acreditar e chegam mesmo a carregar determinados políticos nos braços. Infelizmente, a esperança morre logo após as eleições, quando a história se repete: solução zero.

Na sua grande maioria, a residência dessas famílias, além de se resumirem a um único cômodo, em verdade, são barracos com acesso coletivo, de tal forma que para as pessoas que ali residem, o distanciamento social é apenas uma utopia, isto que se agrava com a falta de higiene imposta pelas circunstâncias acima referidas.

E atente-se para a especial circunstância de que as famílias carentes que residem no interior do Estado, para cumprimento dessas exigências necessárias, padecem de condições mínimas ainda mais agravadas. É o caso de famílias pobres, principalmente no sertão, que, ainda nos dias de hoje, precisam caminhar 02 (dois) a 03 (três) quilômetros para conseguirem um pouco d'água.

Só para dar um exemplo do nível de vulnerabilidade e de total conformismo com o estado de miséria em que vivem as famílias carentes do sertão pernambucano, por ocasião do segundo governo Arraes, quando foi iniciada a instalação de energia elétrica naquela região, um repórter entrevistou um idoso, que morava em uma casinha de taipa, de chão batido, na qual já se encontrava acesa uma lâmpada elétrica.

O repórter lhe perguntou: - o senhor gostou de receber luz elétrica na sua casa?

E ele respondeu: - gostei muito.

E o diálogo assim continuou:

- repórter: o senhor tem geladeira? - idoso: tenho não senhor.
- repórter: tem televisão? - idoso: tenho não senhor

- repórter: tem ferro elétrico? - idoso: tenho não senhor.
- repórter: tem chuveiro elétrico? - idoso: tenho não senhor
- repórter: então, para que serve essa luz elétrica? - idoso: na sua simplicidade e inocência respondeu: para clarear eu.

Chega, pois, a ser vergonhoso, discriminatório e desumano determinarem as autoridades a obrigatoriedade de lavagem das mãos e/ou da utilização de álcool gel. Como cumprir essa determinação se inexistente água? A maioria dessas pessoas costuma dormir à noite com fome e sem sequer saber o que fazer no dia seguinte para se alimentar e alimentar os filhos.

Diante desse quadro caótico, lamentavelmente, a pergunta inevitável se impõe: como essas pessoas podem lavar as mãos se não dispõem de água? Como usarem álcool gel se não dispõem de recursos necessários nem mesmo para a alimentação dos filhos?

Trata-se, portanto, de uma mera hipocrisia. E com isso fica demonstrada de forma inquestionável a vulnerabilidade dessas pessoas, que sempre foi desproporcional, estando agora superagravada pelo advento da pandemia do coronavírus.

Quer dizer: não se está aqui a defender o descumprimento das normas legais de segurança no enfrentamento da pandemia, mas apenas demonstrando a total impossibilidade de cumprimento por parte desse seguimento social. Todavia, a hipocrisia e contradição exsurtem, na medida em que se considere legítima a absurda e inexplicável prisão por crime de desobediência de uma pessoa que resolve caminhar sozinha na areia da praia ou sentar-se em um banco de praça porque estaria descumprindo norma cogente do distanciamento social.

5 Suspensão do direito de arrependimento

Quanto à suspensão dos efeitos do art.49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que trata especificamente do direito de arrependimento nas compras à distância, a lei federal nº 14.010/2020 determinou que “até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art.49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.”¹⁵

A lei assim dispondo retirou do consumidor o direito de ser tratado como um vulnerável - que efetivamente o é por definição legal -, a ele impondo o elevado ônus de assumir os riscos decorrentes da aquisição de produtos alimentí-

¹⁵ BRASIL. **Lei Federal nº 14.010 de 10 de junho de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10.06.2020. artigo 8º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm . Acesso em: 10 jul. 2021.

cios ou medicinais, que estavam ou poderiam estar inadequados ou impróprios ao consumo.

Significa dizer que essa norma excluiu do consumidor a segurança inquestionável que a lei protetiva (CDC) a ele assegura, visando a inalienável preservação da saúde e da vida, por expressa declaração de sua condição de sujeito vulnerável no mercado de consumo.

Observe-se que durante a vigência da lei, até mesmo a higidez relativamente aos prazos de validade de medicamentos e alimentos restou minimizada, disso decorrendo que os respectivos fornecedores poderiam sustentar judicialmente a irrelevância de danos causados aos consumidores por produtos vendidos nas condições ora reportadas.

Ou seja, embora preservado o direito de ação, o certo é que se afigura desproporcional a proteção dada exclusivamente ao fornecedor na seara administrativa, a ele conferindo elementos suficientes para opor-se, com chance de sucesso, a qualquer eventual demanda que venha de ser proposta pelo consumidor perante o Poder Judiciário.

Seria o caso, exemplificativamente, do consumidor que comprou medicamento de custo elevado¹⁶, com a dosagem errada, por equívoco dele próprio (consumidor), ou com preço muito acima de outra farmácia concorrente, adquirido na forma acima descrita, e, diante da recusa da farmácia de troca e da devolução do preço pago, ficaria no prejuízo, tendo em vista a suspensão do direito de arrependimento e de reflexão.

Evidente que o consumidor prejudicado poderia ingressar com ação judicial em busca de reparação do exorbitante prejuízo material e eventuais danos morais, mas nesse caso já estaria configurado o prejuízo, seja pela necessidade de contratação de um profissional do direito, bem como pelo pagamento das custas, sem falar no tempo da demanda.

Em face, pois, dos critérios utilizados na Lei nº 14.010/2020, a pretensão contida na demanda proposta pelo consumidor, na hipótese acima referida, seria prontamente fulminada pela resposta da parte adversa, bastando para tanto tão somente reportar-se ao art.8º dessa lei, que suspendeu o disposto no art.49 do CDC.

Pois bem. Conforme está previsto no inciso XXXII do art.5º da CF “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Disso decorre, em face de um raciocínio razoável, a especial circunstância de que a proteção contida no

¹⁶ Existem alguns de valores exorbitantes, como é o caso do medicamento zolgensma, para tratamento de doença genética rara – atrofia muscular espinhal - considerado o mais caro do mundo, no valor atual de R\$2,8 milhões, já exposto a venda no Brasil. São Paulo, Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Zolgensma, o remédio mais caro do mundo**. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/zolgensma-o-remedio-mais-car-do-mundo> . Acesso em: 11 jul. 2021.

dispositivo citado configura-se cláusula p eteira, do que resulta não ser possível a supressão da vulnerabilidade do consumidor, mesmo em tempo de pandemia.

  este também o entendimento de Motauri Ciocchetti¹⁷, no sentido de que “Cabe destacar que a inser o dos direitos do consumidor no art.5.  da CF, a torna uma cláusula p eteira, não passível de supressão, conforme previsão do  4. , inciso IV do artigo 60 da Constitui o”.

Em verdade, a partir do início da pandemia da COVID-19, a vulnerabilidade do consumidor mostra-se agravada, na medida em que se vê na obriga o de adquirir produtos e serviços via digital, aí suprimido o seu direito de escolha. Contudo, a questão não   apenas esta. A aquisi o de alimentos em particular afigura-se extremamente gravosa para o consumidor, vez que passa a depender exclusivamente da idoneidade, não apenas do fornecedor do produto, como dos seus respectivos transportadores.

Vale dizer que o consumidor atualmente encontra-se despojado dos direitos mais elementares de avalia o, escolha e até mesmo de informa o sobre os produtos e serviços adquiridos, em especial refei es prontas com entrega a domicílio.

Cite-se o exemplo dado pelo jurista Leonardo Roscoe Bessa¹⁸, justificando a suspensão do prazo do art.49 frente   lei n.  14.010/2020:

“Imagine-se a promessa de entrega do produto (alimento) em 30 a 45 minutos e a efetiva entrega duas horas depois, quando o consumidor, em face da demora, acaba por optar por outra alternativa para suprir a necessidade de alimenta o. No caso, com base nos arts. 30 e 35,   possível requerer a devolu o do dinheiro ou eventualmente permanecer com o crédito do valor pago para outras compras”.

A soluço posta no exemplo acima, data v nia, transfere ao consumidor um encargo exclusivo do fornecedor. Demais disso, desconsidera a efetiva realidade em que o consumidor encontra-se em isolamento social e, em princípio, deverá até mesmo recorrer ao Judiciário na tentativa de resolu o, notadamente no que pertine   devolu o do preço pago. Isto se afirma porque nem sempre o restaurante estará disposto a simplesmente devolver a quantia que lhe foi paga, sobretudo em face de estar protegido pela suspensão dos efeitos do art.49 do CDC.

Além do mais, a soluço para questões relativas   oferta, nos termos dos arts. 30 e 35 do CDC, depende sempre da recorrência ao Poder Judiciário. Mais

¹⁷ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses Difusos em Espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197.

¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 326.

não é preciso dizer.

Disso decorre que o consumidor comprou a refeição, pagou o preço e não a recebeu conforme prometido e ainda que não tenha que recorrer ao Poder Judiciário, terá que submeter-se às condições que o fornecedor impuser.

É sabido ser comum compras via eletrônica. O que diferencia a situação atual é que a compra via internet ou por telefone tornou-se praticamente obrigatória, o que tem levado o consumidor a perder não apenas as garantias legais (e facilidades) de aquisição, mas principalmente de solução dos eventuais problemas que venham de surgir. Inverteu-se a situação do consumidor. Com o CDC, adquiriu poderes que nunca teve. Com a pandemia, perdeu sua condição de sujeito vulnerável ou ficou com esta condição comprometida, assumindo praticamente todos os ônus da aquisição de produtos e serviços.

Nesse passo, é oportuno transliterar-se a asserção dos juristas André Luis Cateli Rosa e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹⁹, demonstrando de forma exauriente as dificuldades que foram repassadas para o consumidor, a partir da pandemia da Covid-19:

“Esse cenário é muito particular, haja vista que o consumidor, ao participar de transações eletrônicas, tem a sua vulnerabilidade agravada em função da complexidade da tecnologia, que cresce a cada dia, resultando em novos contextos jurídicos, lícitos e ilícitos, capazes de provocar transgressões diferentes e inovadoras. Destacam-se ainda novas modalidades de fraudes e simulações cada vez mais dinâmicas, distintas do contexto tradicional, que emergem do mundo digital, exigindo domínio técnico do consumidor, que tem de enfrentar ainda condutas de má fé de alguns fornecedores virtuais, como dissimulações e *fake news*, que resultam em novo padrão negocial antijurídico, tornando o consumidor ainda mais vulnerável.”

Com o objetivo de ilustrar as dificuldades decorrentes das novas relações que o consumidor tem que enfrentar no mercado eletrônico de consumo, os eminentes autores citam exemplo trazido a lume por Renato César de Araújo Porto²⁰, assim posto:

“A maior empresa de hotéis do mundo (Arbnb) não é proprietária de nenhum hotel, a maior empresa de mídia (facebook) não produz qualquer conteúdo; a maior empresa de transporte do mundo (Uber) não possui

¹⁹ ROSA, André Luis Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **O Agravamento da Vulnerabilidade do Consumidor diante da Pandemia de Covid-19**. São Paulo: Revista Direito do Consumidor, RT, ano 30, nº 135, maio/jun. 2021. p. 73-74.

²⁰ PORTO, Renato Cesar de Araújo. **A Desinformação na Sociedade da Informação: a vulnerabilidade do consumidor na internet**. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017. p. 39.

sequer um veículo e a maior empresa de vendas do mundo (Alibaba) não tem produtos ou sequer estoque.”

Surpreendentemente, justamente quando o consumidor mais necessita da proteção contida no art.49 do CDC, relativamente ao prazo de reflexão e arrependimento, na medida em que as entregas domiciliares tornaram-se praticamente a forma exclusiva de acesso a bens de consumo imediato e medicamentos, é injustificável a flexibilização dessa garantia, quando, em verdade, contrariamente, até deveria ser preservada e reforçada.

Conclusão

Acredita-se tenha sido demonstrado neste trabalho, à exaustão, o agravamento da vulnerabilidade do consumidor, com o advento da pandemia do coronavírus e das conseqüentes medidas legais até agora adotadas pelas autoridades governamentais e legislativas.

Não se põe em dúvida aqui a necessidade da adoção de medidas legais para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, na busca de salvaguardar a vida e a saúde da população brasileira. Busca-se tão somente provar a excessiva desvantagem do consumidor no mercado de consumo, na medida em que, praticamente, está arcando com os ônus da desconsideração injustificável da sua condição legalmente reconhecida de vulnerabilidade.

A atual situação do consumidor, ante as medidas governamentais e legislativas adotadas até o presente momento, traz à lembrança todas aquelas dificuldades que o Código de Defesa do Consumidor enfrentou, a partir da sua promulgação e durante todo o período de seu implemento. Naquela ocasião, recorde-se, o principal questionamento para a sua aceitação, tanto pelo seguimento econômico quanto pelo próprio poder público era a ilusória excessiva vantagem, na visão desses seguimentos, que acreditavam estar sendo construída em prol do consumidor. Tudo em decorrência de uma total cegueira em relação à vulnerabilidade do consumidor perante o mercado de consumo.

Referências

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 326.

BRASIL. **Lei Federal nº 14.010 de 10 de junho de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 10.06.2020. artigo 8º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm . Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 14.034 de 05 de agosto de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 06.08.2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm . Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 23.12.1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm . Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1839165/GO (2019/0280151-4)**, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador – Terceira Turma, Data do Julgamento 19/10/2020, Data da Publicação DJe 27/10/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902801514&dt_publicacao=27/10/2020 . Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 472.594/SP**, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Órgão Julgador – Segunda Seção, Data do Julgamento 12/02/2003, Data da Publicação DJe 04/08/2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/234068/recurso-especial-esp-472594-sp-2002-0132082-0> . Acesso em: 11 jul. 2021.

GRINBERG, Rosana. **Contrato de Transporte é Relação de Consumo**. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, RT, ano 10, n. 38, abril/jun. 2001. p. 287.

PERNAMBUCO. Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação. Ofício nº 165/2021 – GAB. **Resposta ao Ofício nº 138/2021-GP, sobre os desafios do transporte público na pandemia de Covid-19**, 15 abr. 2021. p. 2.

PORTO, Renato Cesar de Araújo. **A Desinformação na Sociedade da Informação: a vulnerabilidade do consumidor na internet**. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017. p. 39.

ROSA, André Luis Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **O Agravamento da Vulnerabilidade do Consumidor diante da Pandemia de Covid-19**. São Paulo: Revista Direito do Consumidor, RT, ano 30, nº 135, maio/jun. 2021. p. 73-74.

SÃO PAULO, Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Zolgensma, o remédio mais caro do mundo**. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/zolgensma-o-remedio-mais-car-do-mundo> . Acesso em: 11 jul. 2021.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Interesses Difusos em Espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197.

CAPÍTULO 4

A VULNERABILIDADE JURÍDICA DO CONSUMIDOR E SUA NECESSÁRIA ASSISTÊNCIA POR ADVOGADOS NAS SOLUÇÕES NÃO-JUDICIAIS DE CONFLITOS: UM OLHAR MAIS APROFUNDADO PARA AS CONDIÇÕES DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV¹

Larissa Maria de Moraes Leal²

Fabiana Prietos Peres³

Introdução

Os conflitos de consumo representam grande parcela dos litígios no Poder Judiciário brasileiro, tendo atingido, em 2019 a marca de 2,3 milhões de ações ajuizadas, representando 4,5% do acervo judicial que ingressou naquele ano⁴.

No ano de 2014, foi lançada a plataforma Consumidor.gov, inteiramente on-line 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 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 2020⁵ 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 De-

¹ Uma versão preliminar deste artigo foi publicada no livro organizado pela OAB/Nacional em 2021.

² 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.

³ Mestra e especialista em Direito do Consumidor pela UFRGS. Advogada e Membro Colaboradora da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. p. 238.

⁵ BRASIL. *Boletim Consumidor.gov.br 2020*. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

fesa 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 desempenho das empresas, opinião sobre as informações disponibilizadas no site, conhecimento sobre o aplicativo consumidor.gov, divulgação da plataforma e perfil do consumidor, dividido entre gênero, faixa etária e grau de escolaridade.⁶

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 em relações de consumo seja aprofundada.

1 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.⁷

⁶ SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. *Pesquisa consumidor.gov.br*. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁷ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/

O papel do Estado perante o consumidor não se resume à mera regulação, mas sim um papel ativo de proteção de um sujeito de direitos fundamentais inserido em uma relação jurídica desequilibrada: o consumidor.

O desequilíbrio nas relações de consumo ganha relevo em razão da especialidade que fornecedores de produtos e serviços possuem sobre as especificidades daquilo que oferecem no mercado, são, portanto, experts, ou seja, especialistas, que se relacionam com consumidores, pessoas naturais ou jurídicas que são leigas e vulneráveis no contexto em que desenvolve a relação de consumo⁸.

O consumidor, por sua vez, é aquele exaure o bem ou serviço, que o retira do mercado, sendo destinatário final⁹ – de fato e economicamente, o adquirindo para uso próprio, sem a intenção de transformar o bem ou serviço em uma contínua cadeia de fornecimento de outro produto ou serviço. Ainda, são considerados consumidores equiparados aqueles que, mesmo sem adquirir diretamente o bem ou serviço, sejam vítimas dos acidentes de consumo, e aqueles que, ainda que indetermináveis, estejam expostos às práticas comerciais no âmbito das relações de consumo, nos termos dos arts. 17 e 29, do Código de Defesa do Consumidor.

A vulnerabilidade, conforme lecionam Marques, Miragem e Benjamin, “trata-se do princípio básico do Código de Defesa do Consumidor”¹⁰, consistente num conceito de direito material oriundo da fragilidade do consumidor perante o fornecedor ou prestador de serviços que seja especialista na área em que atua.

Essa fragilidade pode ser observada de diferentes ângulos, como a vulnerabilidade fática, econômica, jurídica ou informacional.

Ainda que o consumidor disponha de meios rasos para obtenção de informações a respeito do produto ou serviço, como consultas a plataformas de buscas na internet ou experiências de outros consumidores que já passaram por aquela experiência de consumo, nem sempre possuem condições técnicas de compreender o que está sendo debatido, tendo em vista que apenas 12% dos brasileiros possuem proficiência na compreensão de textos mais completos, sendo que 25% estão em nível intermediário – com capacidade de síntese dos textos, conforme pesquisa realizada pelo Indicador de Alfabetismo Funcional em

constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁸ Cf. PERES, Fabiana Prietos. Definição de consumidor na União Europeia, na OEA e no Mercosul: a recepção de microempresas como consumidor como proteção à pequena empresa que inclui em sua definição a pessoa jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 80, p. DTR\2011\5128, 2011.

⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 302.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 228.

2018¹¹.

Isso significa que 63% dos brasileiros possuem graves problemas de compreensão de informações técnicas no mercado de consumo. Não se trata apenas de não ser um expert, mas de possuir uma dificuldade real de compreender as informações que são transmitidas. Esse grau de conhecimento técnico e de dificuldade estrutural de acesso à informação é um dos grandes pilares que justifica o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Em uma visão econômica e social, pesquisa do IBGE no ano de 2019 apontou que quase 30% dos brasileiros não possuem rede de abastecimento de água local, 60% não dispõem de esgotamento sanitário com rede geral ou fossa séptica ligada à rede geral e apenas 76% tinham acesso à coleta de lixo, num contexto de renda média per capita que varia entre R\$ 352,00 para os domicílios que recebem Benefício Bolsa-Família e R\$ 1.641 para aqueles que não recebem¹².

Esses dados evidenciam a chamada vulnerabilidade econômica do consumidor, que possui direta relação com o acesso à serviços básicos.

Relativamente à vulnerabilidade jurídica do consumidor, esta é caracterizada tanto pela ausência de compreensão dos termos jurídicos que englobam os contratos e serviços prestados, como o acesso à orientação jurídica e mesmo o acesso à justiça.

Nesse ínterim, o Relatório de Índice de Acesso à Justiça do Conselho Nacional de Justiça, elaborado em 2021, demonstrou que a “a Justiça Estadual obteve o menor índice no Capital Institucional Judiciário, em decorrência da alta demanda de processos e tempo relativamente longo de resolução de conflito”¹³.

Com esse contexto, sobressai a importância da existência dos métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo, especialmente aqueles gerenciados pelo Estado. Ainda que, quando tratamos da defesa de vulneráveis, deve sempre ser considerada a vulnerabilidade do consumidor.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 2.181/1997¹⁴, é constituído por Procons, Mi-

¹¹ INAF Brasil 2018. *Indicador de Alfabetismo Funcional: Resultados preliminares*. Instituto Paulo Montenegro – Ação Social do IBOPE. Disponível em: https://acaooeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹² IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: rendimentos de todas as fontes 2019 – PNAD contínua. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Índice de acesso à justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 34.

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 2.181/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em 29 jun. 2021.

nistério Público, Defensoria Pública, Delegacias de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis e Organizações Cíveis de defesa do consumidor, em atuação conjunta com a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).¹⁵

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”.¹⁶

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).

Esses métodos extrajudiciais de solução de controvérsias que, conforme ressaltam Brandão e Boccaletti, “englobam a negociação, a conciliação, a mediação, a ODR (Online Dispute Resolution), a DSD (Dispute System Design), entre outros, mostram-se imprescindíveis e essenciais à prática da advocacia contemporânea”¹⁷.

No caso dos conflitos de consumo, a plataforma Consumidor.gov já foi apontada como muito “mais benéfica se comparada ao processo judicial”¹⁸, especialmente considerando o índice de resolução dos conflitos e o tempo envolvido.

No entanto, o fato de a ferramenta eletrônica não dispor de possibilidade de assistência dos consumidores é preocupante. A assistência ao consumidor

¹⁵ Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *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.

¹⁶ 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.

¹⁷ BRANDÃO, Bárbara Bueno; BOCCALETTI, Alexandre. *Visão do Parceiro – Métodos adequados de solução de conflitos no contexto da Pandemia de COVID-19. Relações de consumo : resolução consensual de conflitos em tempos de Covid-19 / Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas*. Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2021. (Cadernos FGV Direito Rio. Clínicas. Educação e direito; 11). p. 11.

¹⁸ FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. *Consumidor.gov: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito*, *Revista CNJ*, Brasília, v. 4, nº 1, jan./jun. 2020. p. 11

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 possibilidade de assistência 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.

Esse cenário aponta para uma fragilidade na defesa dos interesses dos consumidores em um meio que deveriam estar especialmente protegidos, com a garantia tanto de assistência quanto de compreensão plena das informações técnicas e jurídicas que envolvem a disputa administrativa.

2 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.

Precisamos lembrar que a chamada nova economia institucional contesta a “irrealidade dos modelos neoclássicos, que adotam como pressupostos a perfeição de funcionamento do mercado, abundância de informações, absoluta racionalidade das pessoas em seus atos e aprendizado da realidade¹⁹”, o que deixa patente a vulnerabilidade jurídica dos consumidores e a necessidade de amparo legal e de informação em suas decisões na solução de conflitos.

Se, por um lado, a informação cumpre papel decisivo em matéria contratual, com máximo relevo nas relações de consumo, por outro, havendo conflito decorrente do contrato, levado a soluções que transcendem os SACs – Serviços de Atendimento aos Consumidores, será o suporte de profissionais da advocacia que irá cumprir o papel de fornecer ao consumidor a tomada livre e consciente de decisões.

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.

¹⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 33.

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 ações²⁰”.

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 força²¹.

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.

²⁰ LIMA, Luiz Costa. *Metamorfose do Silêncio*. In *A Crise do Pensamento Moderno 1 – Revista Tempo Brasileiro*, vols 17 e 18. Rio de Janeiro: GB, 1968, p. 41.

²¹ LIMA, Luiz Costa. *Metamorfose do Silêncio*. In *A Crise do Pensamento Moderno 1 – Revista Tempo Brasileiro*, vols 17 e 18. Rio de Janeiro: GB, 1968, pp. 42 a 45.

Ademais, com sua capilaridade, a referida plataforma tem servido como indutora de criação de ambientes de mediação e conciliação que prescindem, propositadamente, da presença de profissionais da advocacia dando suporte às decisões consumeristas.

Esse não é um fato novo: desde 1995, com a introdução da Lei no 9.099, que regula as queixas - então chamadas de pequenas causas - levadas aos Juizados Especiais, determinou-se que seria dispensável o acompanhamento por advogados quando o valor da causa fosse até 20 (vinte) salários mínimos.

Nos termos da Lei, portanto, os consumidores, no ambiente dos Juizados Especiais, passariam por uma fase conciliatória e, frustrada a conciliação, por uma fase instrutória, sozinhos, sem advogados. Causa espécie que essa situação permaneça mais de 25 (vinte e cinco anos) passados do advento da lei e não restando dúvidas de que os Juizados Especiais Cíveis tornaram-se, em sua grande parte, o receptáculo de demandas consumeristas, que lhes consomem as pautas, e que o consumidor está sempre, neles, confrontando litigantes habituais acompanhados de advogados.

A assimetria é absoluta e os consumidores têm sua vulnerabilidade e déficit de informação agravados.

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 em situações de solução de conflitos como a conciliação, a mediação e, de modo especial, 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

BRANDÃO, Bárbara Bueno; BOCCALETTI, Alexandre. Visão do Parceiro – Métodos adequados de solução de conflitos no contexto da Pandemia de COVID-19. *Relações de consumo: resolução consensual de conflitos em tempos de Covid-19*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2021. (Cadernos FGV Direito Rio. Clínicas. Educação e direito).

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/constitucao/constitucao.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. Índice de acesso à justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021. p. 34.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. p. 238.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. Consumidor.gov: a exigência de utilização da plataforma digital de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do Poder Judiciário, à luz da análise econômica do direito, *Revista CNJ*, Brasília, v. 4, nº 1, jan./jun. 2020. p. 11

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: rendimentos de todas as fontes 2019 – PNAD contínua. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

INAF Brasil 2018. *Indicador de Alfabetismo Funcional: Resultados preliminares*. Instituto Paulo Montenegro – Ação Social do IBOPE. Disponível em: https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

LIMA, Luiz Costa. Metamorfose do Silêncio. In *A Crise do Pensamento Moderno 1 – Revista Tempo Brasileiro*, vols 17 e 18. Rio de Janeiro: GB, 1968.

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.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 228.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR. *Pesquisa consumidor.gov.br*. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *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.

PERES, Fabiana Prietos. Definição de consumidor na União Europeia, na OEA e no Mercosul: a recepção de microempresas como consumidor como proteção à pequena empresa que inclui em sua definição a pessoa jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 20, v. 80, p. 131-150, out./dez. 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

CAPÍTULO 5

DA HIPERVULNERABILIDADE DA MULHER E AS IMPLICAÇÕES, NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR, QUANDO DA CONTRATAÇÃO DO PROCEDIMENTO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

Simone Pelinca Pereira Pugliesi¹

1 Introdução

O artigo tem como objetivo abordar as questões controversas e relevantes no âmbito jurídico, acerca da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, ressaltando a importância de promulgação de lei com normas claras e bem estabelecidas no Brasil.

As técnicas de reprodução humana assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, segundo a Resolução do CFM nº 2168/2017.

No tocante às técnicas mais antigas, temos a inseminação artificial homóloga - aquela feita com o material genético do próprio casal - e a heteróloga, que é a fecundação realizada com sêmen de terceiro.

Para a comercialização desses tratamentos médicos, faz-se necessário reforçar a indispensabilidade do consentimento dos contratantes, a capacidade civil destes e sua inteira compreensão no que concerne aos benefícios e à probabilidade de êxito do procedimento, de maneira a afastar eventual discussão a respeito da ocorrência de coação, influência e desconhecimento dos riscos à saúde da mulher, como estabelece o princípio da informação adequada.

Em se tratando de uma relação de consumo, mediante a contratação de serviço ofertado pelas clínicas, vê-se a incidência e necessário cumprimento das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo daquelas

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela AESO - Faculdades Integradas Barros Melo (OAB/PE 26.478); Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - certificado pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. É membro das Comissões de Defesa do Consumidor e de Direito de Família da OAB/PE e associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBD FAM. E-mail: simonepugliesi@cgsa.com.br.

concernentes ao direito de informar, primordiais nas fases pré-contratual e pós-contratual, e vinculantes ao instrumento particular entabulado.

Sabe-se que esses serviços estão sendo cada vez mais buscados, já que os casais e as mulheres vêm optando pelo planejamento familiar tardio, dando prioridade aos estudos e à vida profissional.

Sobre os filhos gerados através de tais técnicas, convém pontuar que a igualdade entre os filhos é um preceito constitucional inviolável - princípio da igualdade na filiação -, não havendo o que se falar em diferenciação entre os havidos da relação sexual ou adoção e aqueles provenientes do uso da RHA (Reprodução Humana Assistida).

Busca-se com a pesquisa, através das revisões bibliográficas e a análise de decisões recentes, levantar as questões relevantes e controversas no âmbito dos direitos do consumidor e das relações das famílias, com enfoque no direito sucessório, já que a reprodução humana assistida garante o acesso ao planejamento familiar, sendo o bebê, a bem da verdade, o sonho de consumo a ser alcançado por meio do serviço prestado pelas clínicas especializadas nesses procedimentos.

2 Principais técnicas de reprodução humana assistida como meio à realização do projeto parental

No país, a reprodução humana assistida carece de uma legislação específica, contando apenas com as Resoluções do Conselho Regional de Medicina, em especial aquela de nº 2168/2017, e a Lei de Biossegurança, as quais devem ser aplicadas aos casos concretos. A despeito da ausência de legislação, não existe impedimento ao uso dessas técnicas de reprodução.

Ademais, de acordo com o capítulo VIII, da Resolução nº 2168/2017 do CFM, é permitida a reprodução humana assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Sobre a temática, foi emitido o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil, dispondo que, nas situações de reprodução assistida *post mortem*, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a morte.

Para tanto, todavia, orienta-se, para fins de facilitar o registro do filho no cartório, que o consentimento seja realizado por meio de escritura pública, como prevê o art. 2º, parágrafo §1º, inciso III, do Provimento nº 52/2016.

Percebe-se, com isso, a prevalência dos direitos à descendência e à reprodução, que são direitos fundamentais, somados à paternidade responsável e ao princípio constitucional do livre planejamento familiar, sendo esse último resguardado no art. 226, permitem § 7º, da Constituição Federal, e art. 2º, da Lei nº 9.263/1996.

3 As inseminações artificiais homóloga e heteróloga

A ideia da autonomia reprodutiva passa pelos planos de projeto parental que, hoje, está relacionado aos princípios da paternidade responsável; da dignidade do casal, da pessoa que quer procriar e da criança que vai nascer; melhor interesse da criança e da igualdade entres todos os filhos no direito sucessório.

Inicialmente, convém destacar que, antes da Constituição Federal de 1988, havia tratamento discriminatório e diferenciado entre os filhos havidos no casamento e aqueles nascidos de uma relação extraconjugal.

Além disso, até meados de 1978, a presunção de paternidade se dava apenas para casais heterossexuais e com filhos oriundos da relação sexual.

Com a evolução da medicina, o Conselho Federal de Medicina editou Resoluções as quais autorizam a mulher a buscar as técnicas da reprodução humana assistida nos casos de problemas de fertilidade e de prosseguimento com a gestação, estabelecendo, todavia, idade limite para a adoção desses procedimentos.

Ocorre que, no Brasil, diante do vácuo jurídico-legislativo, não existe lei que verse, exclusivamente, sobre Procriação Medicamente Assistida, o que não impede o uso desses tratamentos no país. Para tanto, recorre-se a Resolução de nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina e a Lei de Biossegurança, as quais devem ser aplicadas nesses casos, apesar do ato normativo do Conselho ser mais voltado para a regulamentação da conduta médica.

Segundo referida Resolução do CFM, tais técnicas de RHA têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. Apesar disso, as decisões recentes do STJ são no sentido de que não se pode exigir do Estado o custeio desse tipo de tratamento.

Nesse contexto, faz-se mister abordar as questões controversas e relevantes a respeito do tema, sobretudo no tocante à autonomia reprodutiva - que envolve a saúde da mulher, a liberdade de realização do planejamento familiar e os direitos da criança nascida por meio da RHA – e à posição de hipervulnerabilidade da mulher enquanto paciente que se submeterá ao procedimento.

Sendo as inseminações homóloga e heteróloga as mais antigas das técnicas de reprodução humana assistida, assevera a doutrinadora, Ana Claudia Brandão, que:

A inseminação artificial, como técnica de reprodução humana assistida, importa na substituição da relação sexual, em que ocorreria a fecundação, tratando-se de pessoas saudáveis, pela união do sêmen ao óvulo, sendo auxiliar ao processo reprodutivo, deficiente em alguma de suas etapas.²

Sobre a inseminação artificial homóloga, tem-se que é aquela feita com o material genético do próprio casal. Já no caso da heteróloga, é utilizado material genético de pelo menos um terceiro, ou seja, de um gameta masculino ou feminino de um doador ou de ambos.

Há, ainda, a criopreservação, recomendada nas situações em que o homem e a mulher, por motivo de saúde, tiveram comprometida a sua fertilidade, e, para aqueles casais que, por razões próprias, almejam manter seu material congelado.

Inegável que a reprodução humana assistida assegura o direito à descendência e ao projeto parental daqueles que planejam procriar, sendo o bebê, a bem da verdade, o sonho de consumo a ser alcançado por meio do serviço prestado pelas clínicas especializadas nessas técnicas.

Em relação aos filhos provenientes de tais procedimentos, convém destacar que, em atenção ao princípio da igualdade na filiação, não existe diferenciação entre esses e aqueles oriundos da relação sexual ou adoção, como estabelece o artigo 227, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

Todavia, alerta Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz:

Observando os princípios do biodireito, é necessário que os médicos optem por realizar tal técnica quando efetivamente não houver possibilidade de outro tratamento para contornar a infertilidade, já que se trata de um processo complexo e que gera enormes expectativas para as partes envolvidas.³

Além das expectativas para os contratantes do serviço, em se tratando de procedimentos invasivos, a gestante deverá ter ciência dos riscos inerentes a ela própria, tudo bem detalhado pelo profissional que a acompanha, e consignado no Termo de Consentimento, no qual constarão normas claras e de fácil entendimento, sob pena do tratamento não ser realizado.

Afora os casos de infertilidade, não podemos olvidar dos casais homossexuais que, apesar da omissão normativa no nosso sistema jurídico, possuem iguais direitos e deveres assegurados aos pares heterossexuais.

² FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. 2. ed. Juruá Editora, 2016, p. 44.

³ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. 2. ed. Juruá Editora, 2016, p. 45.

Ofertas e publicidades ostensivas que banalizam o sonho de projeto parental

No Brasil, há uma verdadeira espetacularização da vida na reprodução humana assistida, com publicidade e ofertas ostensivas nas redes sociais.

Há, na prestação de serviço entre a clínica e o paciente, a existência de relação de consumo, haja vista a interpretação conjunta dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O fornecedor, no mercado de consumo, com o propósito de vender a ideia de que a felicidade passa pelo ato de consumir produtos e serviços - ainda que supérfluos -, acaba por explorar a vulnerabilidade do consumidor.

Não é incomum o consumidor se sentir atraído por uma oferta e contratar com base naquilo que vê na publicidade.

Em sua obra - *A Reprodução Humana Assistida na Sociedade de Consumo* -, os autores, Carla Froemer e Marcos Catalan, reforçam que:

[...] não bastasse o fato de que os consumidores nesse nicho de mercado possam estar insertos, muitas vezes, em contextos de hipervulnerabilidade, é comum a elaboração de matérias com natureza jornalística com entrevistas com especialistas da área médica que se propõem a informar o leitor de forma isenta sobre o que existe de mais atual na reprodução humana assistida. Tais abordagens, mesmo que eminentemente técnicas, são inegável manifestação de publicidade dissimulada, visando a promover a venda de serviço.⁴

Ou seja, consoante prevê o art. 36 do CDC, o fornecedor não pode se valer da publicidade subliminar ou indireta. Caso utilize depoimentos, vídeos e entrevistas que tenham por finalidade vender e anunciar seu produto ou serviço, fica obrigado a mencionar que se trata de uma campanha publicitária, para que

⁴ FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. **A reprodução humana assistida na sociedade de consumo**. Indaituba, SP: Editora Foco, 2020, p. 80-81.

o consumidor tenha plena consciência disso e não se sinta enganado, mesmo que não chegue a adquirir aquele produto ou contratar o serviço.

Somando-se a tal entendimento, assevera Cláudia Lima Marques que:

O CDC regulará, assim, inicialmente aquelas manifestações do fornecedor que tentam atrair o consumidor para a relação contratual, a fim de motivá-lo a adquirir seus produtos e usar os serviços que oferece. Regula, portanto, o Código a oferta feita pelo fornecedor, incluindo aqui também a publicidade veiculada por ele. O objetivo das normas protetoras é assegurar a seriedade e a veracidade dessas manifestações, criando uma nova noção de “oferta contratual, a qual analisaremos em detalhes a seguir.”⁵

O Código de Defesa do Consumidor garante um direito fundamental ao consumidor: a proteção contra as publicidades enganosas e abusivas. Para tanto, o consumidor pode recorrer as tutelas judicial, administrativa e criminal do CDC, sempre que o fornecedor incorrer em crime contra a relação de consumo.

Acerca da publicidade dissimulada ou enganosa, a redação do Código de Defesa do Consumidor é deveras esclarecedora:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
[...]

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Sabe-se que é considerada publicidade enganosa aquela que, de alguma forma, induz o consumidor em erro quanto ao conteúdo e a finalidade do produto ou serviço, contendo informação total ou parcialmente falsa, ou até mesmo que omita características importantes sobre aquilo que é ofertado, consoante dispõe o art. 37, §1º e §3º, do Código de Defesa do Consumidor, somado ao art. 39, caput (prática abusiva), do mesmo diploma.

No país, a publicidade enganosa é uma das práticas abusivas que mais frustra o consumidor brasileiro, cabendo a qualquer pessoa prejudicada buscar a reparação de seu prejuízo, conforme dispõe o art. 35 do CDC.

⁵ MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 08. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016, p. 815.

Já no que concerne à prática abusiva prevista no art.39, *caput*, do CDC, tem-se que é vedado - com a aplicação de penalidades -, as práticas comerciais abusivas de natureza pré-contratual, contratual e pós-contratual.

É importante destacar que se faz desnecessária a existência do elemento subjetivo do fornecedor, uma vez que a responsabilidade é de cunho objetivo, como ensina a doutrinadora Cláudia Lima Marques:

Para que tais publicidades sejam consideradas abusivas ou enganosas não é necessária a vontade específica dolosa ou que a aproximação entre fornecedor e consumidor tenha sido com o intuito direto de vender, de comerciar, de concluir contratos – basta a atividade. Basta a atividade de publicidade, como determinação soberana e profissional do fornecedor e sob o risco profissional deste, em caso de falha, erro, ou culpa de terceiro da cadeia organizada ou contratada por ele próprio de fornecedores-auxiliares.⁶

Pois bem, o Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência do STJ vedam e condenam as publicidades abusivas e enganosas - tanto a comissiva quanto a omissiva -, classificando-as como infração grave.

Nesse contexto, não se pode olvidar que as ofertas veiculadas devem atender ao direito à informação (art.31 do CDC) e à principiologia do Direito do Consumidor, com destaque aos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva que regem à relação negocial.

A fim de reforçar tal entendimento, Cláudia Lima Marques discorre quanto ao princípio da identificação da publicidade: proteger o consumidor, assegurando-lhe o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço⁷

A publicidade tem finalidade comercial, de buscar lucros através da venda, e, por isso, o entendimento do STJ é no sentido de que o título, chamada, conteúdo central e eventuais notas explicativas de oferta publicitária precisam estar em total simetria entre si, sob pena do fornecedor e a agência publicitária serem demandados judicialmente, para que cumpram a oferta e, mais, indenizem o consumidor nas situações em que tenha ocasionado algum dano.

A oferta, portanto, integra o contrato e deve ser exigida e cumprida, gerando direito potestativo ao consumidor no que tange à exigência da oferta nos moldes veiculado, além de responsabilidade objetiva para o fornecedor,

⁶ MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 538.

⁷ MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 526.

em respeito ao Princípio da Veiculação da Oferta.

Na doutrina, outro não é o entendimento, como reforça Cláudia Lima Marques:

Resumindo, como reflexos do princípio da transparência, temos o novo dever de informar o consumidor, seja através da oferta clara e correta (leia-se aqui a publicidade ou qualquer outra informação suficiente – art. 30), sobre qualidades do produto ou serviço e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art.20), ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35), seja através do próprio texto do contrato, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos elaborados unilateralmente (art. 54, § 3º), devendo o fornecedor “dar oportunidade” ao consumidor de conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena de o contrato, por decisão judicial, não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado.⁸

Com isso, tem-se que a publicidade passa a fazer parte do contrato de consumo, vinculando o fornecedor a cumprir a oferta nos moldes em que foi disponibilizada, tanto no que diz respeito ao conteúdo como na imagem - que não pode ser meramente ilustrativa -, sendo esse o entendimento do STJ.

Reprodução humana assistida na sociedade de consumo

Defende-se, neste trabalho, diretrizes capazes de assegurar maior proteção jurídica às partes envolvidas na ocasião da contratação do serviço especializado em medicina reprodutiva, especialmente em razão da posição de hipervulnerabilidade da mulher enquanto paciente que se submeterá ao tratamento, além das repercussões no âmbito do direito sucessório.

Em se tratando de procedimentos invasivos, a tentante deverá ter ciência dos riscos inerentes a ela própria, tudo bem detalhado pelo profissional que a acompanha, e consignado no Termo de Consentimento, no qual constarão normas claras e de fácil entendimento, sob pena da técnica não ser realizada.

Para além da possibilidade do uso da técnica, no contexto do projeto parental, relevante pontuar o princípio da paternidade responsável, que reporta à dignidade da pessoa humana e ao afeto pelo filho, sendo mister que a maternidade e paternidade sejam exercidas de forma responsável, resguardando o cuidado, a educação, zelo e amor ao filho, ainda que não seja pai e mãe biológicos.

⁸ MARQUES. Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 08. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016, p. 820-821.

Conceito de hipervulnerabilidade e a relação jurídica entre os pacientes e as clínicas

Antes de adentrarmos o assunto propriamente dito, há de se conceituar a hipervulnerabilidade como uma espécie qualificada da vulnerabilidade, sendo esta última presumida e intrínseca à condição de consumidor.

Com o emprego do prefixo *hiper*, oriundo do grego *hypér*, a hipervulnerabilidade - ainda pouca amparada pela legislação vigente -, é aplicada aos consumidores que possuem alto grau de debilidade e desvantagem quando comparados aos fornecedores, no que tange às condições jurídica, técnica, social, econômica, fática, informacional e tecnológica.

Ou seja, enquanto a vulnerabilidade do art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, se presume e é inerente a todos os consumidores, a hipervulnerabilidade seria inerente e especial à situação pessoal, social, fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade do consumidor, seja permanente - prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental -, ou temporária - doença, gravidez, analfabetismo, turista, idoso, criança, etc.

Nesse contexto, o Princípio da Igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, prevê que se devem tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, com o fim de alcançar a verdadeira equidade.

A vulnerabilidade, no entanto, não pode ser confundida com o instituto da hipossuficiência, que se apresenta como um estado de fato atrelado ao campo probatório. Logo, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente.

Sendo o Ministro Antônio Herman Benjamin quem cunhou a expressão hipervulnerabilidade, em seu voto no Resp 931.513/RS, 1ª Seção, j. 25.11.2009, DJE 27.09.2010, ressaltou o que segue:

a categoria ético-política, e, também, jurídica dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial, isto é, reconhecer a legitimação para agir dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.⁹

⁹ GARCIA, Leonardo. **Direito do Consumidor: Lei nº 8.078/1990**. 13. ed. e atual. Salvador: JusPodi-

Essa proteção do Estado é premente e imprescindível em uma sociedade heterogênea, na qual identificamos consumidores em estágio de avançada fragilidade física, psicológica, sensorial, motora, cognitiva e mental, além de razões relativas à idade, gênero, circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e culturais.

Com base no reconhecimento do Princípio da Vulnerabilidade e com vistas no equilíbrio às relações entre consumidores e fornecedores, Marié Miranda e Laís Bergstein apontam que:

No Direito do Consumidor, não há espaço para o comodismo. Nos mercados, o capital se sobrepõe às pessoas com muita facilidade e a todo instante. É preciso estar atento, lutar pelo prevalectimento da Justiça no caso concreto e para as garantias constitucionais de proteção dos consumidores não sejam meramente retóricas.¹⁰

Cabe ao Estado, com o foco na preservação da dignidade da pessoa humana, a proteção desses indivíduos que necessitam de especial atenção, pois representam os consumidores que, devido a serem minoritários e, por vezes, discriminados, mais sofrem com a massificação do consumo.

Ou seja, em atenção aos princípios constitucionais da igualdade e dignidade humana, é premente assegurar a esses consumidores o exercício de todo e qualquer direito, dispensando-lhes tratamento diferenciado, mas, em hipótese alguma, discriminatório.

Hodiernamente, percebe-se, ainda, que, apesar deste grupo de pessoas compor uma grande parcela do mercado consumidor, a maioria dos fornecedores persiste em ignorar o seu dever de estabelecer medidas e políticas de atendimento que respeitem as condições destes consumidores, mesmo que se trate de uma obrigação social e demonstração de respeito pelo próximo.

Como o CDC autoriza a intervenção direta do Estado no domínio econômico para garantir a proteção efetiva do consumidor, faz-se mister que o governo adote políticas públicas de inclusão das pessoas com necessidades especiais, sendo certo que sua omissão contraria o próprio estado democrático de direito.

vum, 2019, p. 70.

¹⁰ MIRANDA, Marié; BERGESTEIN, Laís. **A luta pelo direito do consumidor: superar retrocessos e avança na proteção dos vulneráveis.** In LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima. **Estudos do Direito do Consumidor.** Brasília. 2018. pp 53-64.

Tais medidas têm o objetivo de compelir os fornecedores a prestarem seus serviços de forma acessível a esses consumidores, sem que lhes sejam impostos quaisquer ônus em decorrência de sua condição.

Com base no entendimento de hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade potencializada, o art. 39, inciso IV, do CDC, dispõe ser vedado ao fornecedor a prática abusiva que enseje manifesto desequilíbrio entre as partes, como assim descreve: “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Assim, cabe aos prestadores de produtos e/ou serviços respeitarem o dever contratual e as qualidades dos hipervulneráveis, inserindo-os à sociedade de consumo de forma a promover a inclusão e alcançar a igualdade, com o consequente equilíbrio nas relações consumeristas.

Nesses casos, vê o cabimento da Teoria do Diálogo das Fontes, a qual dispõe que as normas jurídicas de ramos distintos não se excluem, mas se complementam, sendo cabível a aplicação da norma mais favorável ao consumidor, mesmo que esta se encontre fora da legislação específica.

A hipervulnerabilidade circunstancial da mulher e a responsabilidade objetiva das clínicas (Termo de Consentimento)

A reprodução humana assistida – que serve de acesso ao projeto parental –, pode ser vista como um desejo de consumo dos casais e mães solo?

Sabe-se que o consumo é estimulado pelos empresários através dos diversificados meios de comunicação em massa e, também, pelos processos de marketing que são infinitos.

A forma ostensiva de publicidade das ofertas de produtos e serviços demonstra, de forma inequívoca, a invasão à privacidade e proteção de dados dos consumidores, uma vez que as empresas enviam suas ofertas aos e-mails, mensagens de texto e redes sociais das pessoas sem que essas, sequer, tenham solicitado quaisquer informações a respeito.

Corroborando tal entendimento, urge destacar que a tecnologia agravou a fragilidade dos clientes, já que as clínicas que oferecem o serviço de reprodução humana assistida se aproveitam da hipervulnerabilidade da mulher para explorar, de forma irresponsável, seu sonho de ser mãe e realizar seu planejamento familiar, veiculando ofertas de seus tratamentos nas redes sociais, ignorando serem procedimentos invasivos e com consequências à saúde e integridade psíquica da mulher.

Inegável que a RHA garante o acesso ao planejamento familiar daqueles que almejam ter filhos, sendo o bebê, a bem da verdade, o sonho de consumo a ser alcançado por meio do serviço prestado pelas clínicas especializadas nos

procedimentos.

Na ocasião da contratação do serviço, ainda na fase pré-contratual, é indispensável o cumprimento ao direito de informação, com elementos claros e detalhados pelo médico, acerca dos riscos à saúde da mãe tentante, vez que esta se encontra em estado de hipervulnerabilidade circunstancial.

Como estabelece o art. 36, parágrafo único, do CDC, o fornecedor é quem mantém os dados técnicos e científicos sobre o serviço que é prestado e ofertado em sua publicidade.

Sobre o direito de informar, também na fase preliminar da contratação, premente a discussão no tocante ao fenótipo do bebê e à possibilidade dos gametas diferirem das características físicas dos pais, além do diferente tipo sanguíneo desses e do bebê, sob pena de propositura de ação de reparação por danos morais contra as clínicas médicas.

Em razão da possibilidade dos fenótipos da criança serem diversos dos pais, estes têm o direito de manter em sigilo o tratamento buscado através da reprodução humana assistida, mantendo-se inviolável os seus direitos da personalidade e da intimidade. Mantém-se o sigilo, também, à identidade dos doadores de óvulos e espermas.

Ainda na fase pré-contratual, as clínicas deverão colher a vontade do contratante, por escrito, a respeito do destino dos embriões excedentários, mesmo que, no curso do tratamento, haja uma mudança de vontade do casal ou da paciente, mãe solo. Tal autorização é importante, vez que o descarte de embriões sem autorização para tanto, é prática contrária ao direito.

O tema é estabelecido no capítulo V, da Resolução de nº 2168/2017 do Conselho Regional de Medicina, *in verbis*:

V- CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos.
2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.
3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.
4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.
5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

Diante disso, indubitável o caráter dúplice do Contrato de Prestação de Serviço, que envolve tanto aspectos existenciais quanto os patrimoniais.

Tratando-se de um momento de muita expectativa da mãe e do casal, cabe ao profissional - que realiza o tratamento - expor as reais probabilidades de êxito quanto à gravidez e os riscos inerentes ao procedimento, pois tais informações vinculam o contrato de consumo e são relevantes para que o casal decida pelo uso da reprodução como meio à realização de seu projeto parental.

A expectativa quanto ao êxito é tamanha que, em caso de frustração, as consequências vão desde o término da relação do casal até a depressão e cometimento de suicídio pela mulher. Daí a imprescindibilidade da clareza das cláusulas constantes do Termo de Consentimento, com descrição sobre os exames a serem feitos durante o tratamento, o risco de incompatibilidade genética, as probabilidades de sucesso quanto ao uso da técnica, além de fornecimento de um tempo de reflexão ao contratante para que tenha certeza da escolha por um procedimento tão invasivo.

Inclusive, correm-se riscos de gravidez ectópica - fora do útero - e o nascimento de bebês prematuros e, por isso, com grandes chances de má-formação e contágio de infecções.

Com o condão de oferecer maior segurança às clínicas médicas no que concerne a eventuais impactos jurídicos no descumprimento do contrato, o Termo de Consentimento visa afastar eventual dever de reparação destas e de seus profissionais, sobretudo quando identificamos a perda de uma chance.

A importância do aludido Termo se dá em razão da responsabilidade civil das clínicas de RHA ser objetiva, quando esta responderá pelo dano, devendo repará-lo, sem que haja a necessidade do paciente comprovar a culpa, conforme estabelecem os artigos 927, parágrafo único, do Código Civil, e o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Na ocorrência de erro médico e comprovação de dano à paciente por culpa do profissional que o acompanha, em razão da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, caberá Ação de Regresso das clínicas contra o médico que realizou o procedimento.

Mesmo com tantas peculiaridades, percebe-se a prevalência da informalidade no momento da celebração do contrato, restando ao consumidor apostar na boa-fé do fornecedor - pressuposto básico na relação de consumo -, e na observância ao dever de informar, conforme estabelece o art. 6º, incisos I, III e IV, do CDC.

Crucial, destarte, a promulgação de lei com normas bem estabelecidas para a reprodução humana assistida, reforçando a indispensabilidade do consentimento dos contratantes, a capacidade civil destes e sua inteira compreensão no tocante aos procedimentos, de forma a afastar eventual discussão a respeito da ocorrência de coação, influência ou desconhecimento dos riscos, como estabelece o princípio da informação adequada.

Fica, da análise do texto, o questionamento: caberia o dever de reparação pela clínica, devido à sua responsabilidade objetiva, quando do descumprimento do contrato de prestação de serviço pela frustração da expectativa do paciente?

Conclusão

Em nosso país, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária é a responsável por fiscalizar as **clínicas de reprodução humana assistida com o foco de assegurar** a qualidade dos procedimentos, sobretudo no que se refere aos quesitos técnicos.

No caso de um filho havido através da técnica de inseminação artificial *post mortem*, seja ela homóloga ou heteróloga, devem ser considerados os seus direitos sucessórios e à filiação.

Na inseminação homóloga *post mortem*, a paternidade é de fácil atribuição, pois será pai aquele que tiver doado o sêmen, só cabendo direito à herança se o óvulo já fecundado houver sido colocado no útero da mulher.

Na inseminação heteróloga *post mortem*, como não se pode presumir o consentimento do *de cuius*, imprescindível a existência de autorização antes de sua morte, acerca do uso de tal técnica. Se o *de cuius* tiver dado o consentimento/autorização para tanto, a criança será reconhecida como sua filha e terá garantido o seu direito à herança, não sendo possível, a *posteriori*, impugnação à filiação.

O fato é que a criopreservação abriu margem ao debate sobre a utilização de material genético pela mulher viúva ou ex-companheira para gestação de filho concebido por meio da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Não se pode olvidar, ademais, do material genética da mulher que, apesar de não ter previsão, de forma expressa, nos incisos III, IV e V, do art. 1597 do Código Civil, igualmente pode ser congelado e precisa que esta tenha deixado consentimento para o uso após a sua morte.

Logo, admitida à possibilidade dos filhos advindos das técnicas de reprodução assistida *post mortem* fazerem jus aos direitos de filiação e sucessório, ou seja, participarem da divisão da herança, é razoável que tal direito deva ser exercido dentro de um prazo, sob pena de prejudicar os demais herdeiros, desprestigiando assim a segurança jurídica.

Afora as implicações jurídicas nas relações de família, não se pode olvidar da importância das cláusulas presentes no Termo de Consentimento apresentado pelas clínicas médicas, na ocasião da contratação do serviço, as quais devem versar acerca dos exames que serão feitos; a possibilidade e probabilidade de êxito do procedimento; os riscos à integridade física da mãe; o valor envolvido no contrato e a autorização do doador do sêmen acerca do destino que se dará aos embriões excedentários.

Sendo o bebê o sonho de consumo das mães solo e do casal contratante, conclui-se que o contrato de prestação de serviço das técnicas de reprodução humana assistida é essencialmente de consumo, motivo pelo qual o Termo de Consentimento deve conter cláusulas que estejam em conformidade ao que estabelece as normas do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no que tange ao artigo 6º, incisos I, III e IV, do referido diploma.

Referências

FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. **A reprodução humana assistida na sociedade de consumo**. Indaituba, SP: Editora Foco, 2020.

DE ALMEIDA, Felipe Cunha. **Responsabilidade Civil no Direito de Família: angústias e aflições nas relações familiares**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **DIREITO DAS FAMÍLIAS**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. 2. ed. Juruá Editora, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil: Temas**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivum, 2019.

DA ROSA, Conrado Paulino. **Curso de direito de família contemporâneo**. 06. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivum, 2019

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões: diálogos interdisciplinares**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 08. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

MIRANDA, Marié; BERGESTEIN, Laís. **A luta pelo direito do consumidor: superar retrocessos e avançar na proteção dos vulneráveis**. In LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima. **Estudos do Direito do Consumidor**. Brasília. 2018. pp 53-64.

LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima. **Estudos de Direito do Consumidor**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

DA ROSA, Conrado Paulino. **Inventário e partilha: Teoria e prática**. 02. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivum, 2020.

GARCIA, Leonardo. **Direito do Consumidor: Lei nº 8.078/1990**. 13. ed. e atual. Salvador: JusPodivum, 2019.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman, MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPÍTULO 6

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E O VAZAMENTO DE DADOS PESSOAIS PÓS LGPD

*Adriana Gomes Silva*¹

*Anna Patrícia Barreto Novais*²

*Thalys Henrique de Lima Silva*³

Introdução

Ao longo da História, as relações jurídicas de consumo sofreram intensas transformações. Inovações nas formas de consumir, de produzir e de prestar serviços foram estabelecidas e, com isso, surgiu a necessidade de adaptação do Direito do Consumidor aos novos rumos do mercado.

Esse cenário trouxe consigo uma série de melhorias que favorecem a ampliação das relações consumeristas, contribuindo, ao mesmo tempo, para um maior desenvolvimento econômico.

Por outro lado, a introdução de diversas tecnologias nesse meio levantou um importante questionamento acerca da exposição e exploração de dados pessoais sem a permissão do consumidor, tornando-o ainda mais vulnerável.

Diante disso, surge a Lei 13.709, de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que teve sua base na *General Data Protection Regulation* (GDPR) – em português, Regulamento Geral de Proteção de Dados, cujo intuito é o de garantir que esses dados, considerados direitos fundamentais e da personalidade, sejam protegidos de inúmeros abusos cometidos no mercado de consumo.

Portanto, o presente artigo visa demonstrar, de forma breve, por meio de estudo doutrinário, o que a LGPD apresenta para a proteção dos dados pessoais, qual o papel do consumidor como titular dos dados pessoais e a responsabilidade dos agentes de tratamento pela gestão dos dados pessoais.

¹ Advogada e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. Especialista em Direito Público, Recuperação Judicial, Gerenciamento de Projetos pela FGV, com formação em direito Médico e da Saúde, formação em LGPD e pós-graduanda no LLM em Direito Empresarial, pela FGV.

² Advogada e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. Pós-graduanda em Direito Processual Civil Contemporâneo pela UFPE.

³ Advogado e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE.

1 A vulnerabilidade do consumidor

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, surgiu como meio de proteção do consumidor que é o mais vulnerável da relação. Pode-se dizer, portanto, que a vulnerabilidade é a essência do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Assim, o CDC em seu artigo 4º, inciso I, traz o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”⁴, elevando tal característica a um nível principiológico, cujo intuito é o de garantir o equilíbrio nas relações jurídicas do consumidor.

Como pontuam Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

Pela leitura do art. 4º, inc. I, do CDC é constatada a clara intenção do legislador em dotar o consumidor, em todas as situações, da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. De acordo com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas.⁵

Dessa forma, entende-se que a condição de vulnerável independe de critério econômico, ou seja, em toda e qualquer relação de consumo estará presente. Ainda no entendimento de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, “para se reconhecer a vulnerabilidade, pouco importa condição política, social, econômica ou financeira da pessoa, bastando a condição consumidor”⁶.

Outro ponto importante a ser lembrado é que a vulnerabilidade não deve ser confundida com a hipossuficiência. Enquanto a primeira é um critério absoluto, não exigindo prova do consumidor, a segunda exigirá comprovação e análise do caso concreto. A hipossuficiência poderá ser pautada no critério puramente econômico ou financeiro do indivíduo, tendo, por consequência, a inversão do ônus da prova.

É de se esperar que, com o avanço das tecnologias e a massificação de sua utilização, gerando o surgimento de diversos modelos contratuais, a vulnerabilidade, que é uma característica basilar da relação jurídica de consumo, torne-se ainda mais evidente.

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁵ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 48.

⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 50.

2 Inserção dos dados pessoais nos direitos da personalidade

Com revolução instalada no mercado de consumo, em plena pandemia, é perceptível a exposição massiva dos dados pessoais do consumidor. Dados esses que devem, ou pelo menos deveriam, ter sua integridade respeitada por sua natureza privada.

Segundo o artigo 5º, inciso I, da LGPD, será considerado “dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”⁷, isso implica dizer que os dados podem abranger qualquer espécie de informação e que sua violação pode acarretar grave dano à vida íntima e à honra do consumidor.

A preocupação se dá pelo fato de tais informações, relacionadas ao nome, imagem, dados financeiros, de saúde, endereço, dentre outros, constituírem-se como elementares ao desenvolvimento da integridade humana, não podendo, portanto, serem expostas de maneira irresponsável.

Por esse motivo, são também considerados direitos da personalidade, pois causam impacto na vida social da pessoa, influenciando, assim, o bem-estar mental, físico e moral do consumidor. Na visão de Flávio Tartuce, os direitos da personalidade “são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade”⁸, que são, por sua vez, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Trata-se de uma clara referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que além de ser o pilar dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal, é também retratado como um dos fundamentos da República, no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. O intuito não é apenas a proteção a partir do viés patrimonial, mas do ser humano como um todo.

Nota-se, portanto, que a inserção dos dados pessoais no rol de direitos da personalidade é um pressuposto ao pleno exercício da cidadania em um Estado, verdadeiramente, Democrático de Direito.

3 Reflexões sobre o termo de consentimento e apagamento dos dados pessoais

No viés da proteção de dados para a Lei Geral de Proteção de Dados, o titular do direito fundamental é toda pessoa que realize qualquer operação de tratamento de dados pessoais, seja organizações públicas ou privadas, pessoas

⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Civil: volume único.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 162.

físicas ou jurídicas (art. 1º da LGPD)⁹.

Com o objetivo de proteção, o artigo 7º da LGPD lista, taxativamente, as 10 hipóteses para o tratamento de dados pessoais, a ser realizado pelos agentes de tratamento. Pode o agente utilizar apenas uma das hipóteses para garantir a legitimidade do tratamento, ou cumular com outra. Nesta parte, vamos abordar o termo de consentimento do titular dos dados, previsto no inciso I do art. 7º, consentimento que pode ser revogado pelo titular a qualquer momento.

O termo consentimento já existe desde os anos de 1950 e a área da medicina utiliza como consentimento informado, que acontece por meio de um diálogo entre as partes, no qual são inseridas as informações necessárias para a coleta do consentimento, detalhando qual tratamento será dado e qual a sua finalidade. Avançando num cenário histórico, “na década de 1970, passou-se a conceber um dever moral e uma obrigação legal de obtenção de consentimento informado para certos procedimentos médicos e de pesquisa, estabelecendo-se, para isso, balizas qualificadoras para sua coleta”¹⁰.

Na LGPD, a definição trazida para o termo “consentimento” é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (art. 5º, XII da lei 13.709/2018)¹¹. A ideia de consentimento prevista em lei apresenta três características, sendo a primeira o dever-direito de informação, que deve propiciar ao consumidor elementos imprescindíveis para tomada de decisão no que tange ao fluxo de seus dados. A segunda característica, “ao se referir ao consentimento livre, quer-se assegurar o poder de o titular escolher entre aceitar ou não utilizar dos seus dados, sem quaisquer intervenção ou situações que vivenciem o seu consentimento, com o imperativo de averiguar a assimetria entre as partes envolvidas”.¹² A terceira característica é apresentada na palavra “inequívoco”, que está diretamente ligado ao princípio da finalidade, segundo o qual toda atividade de tratamento de dados deve se basear em um propósito “específico e explícito”¹³.

⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 164.a

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹² TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiata Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZIO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Posição 8669.

¹³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento.** 3ª

Apesar de a lei trazer com maestria e inserir no mercado a definição sobre o que é o consentimento, e o que se deve observar na coleta e tratamento dos dados pessoais para que tal consentimento não se torne nulo, afirma Bioni¹⁴ que a diretriz normativa da autodeterminação informacional se perdeu em meio às assimetrias do mercado informacional, concluindo que o cidadão-consumidor está exposto a uma (hiper) vulnerabilidade que mistifica a sua prometida capacidade de controle dos seus dados pessoais. Isso quer dizer que existe um desequilíbrio de poder, no qual, por vezes, o consumidor se vê diante da situação em que é necessário aceitar e consentir ao fornecedor a coleta dos dados pessoais, pois, caso contrário, será prejudicado ou não poderá acessar a tal produto ou serviço que necessita naquele momento.

Nesse panorama de pandemia, a visita aos *sites* substituiu a visita física aos estabelecimentos, o que acelerou uma mudança na cultura do consumo. Por essa razão, o consumidor deve ficar atento às políticas de coleta de dados pessoais pelos *sites* visitados. Os *sites*, até pela necessidade de estarem em conformidade com a GPDR, trazem *cookies* necessários para o funcionamento da página e que não coletam dados pessoais, bem como os *cookies* que são evitáveis - *cookies* de preferência, de estatísticas e de *Marketing*. Os *cookies* evitáveis devem ser apresentados aos usuários por meio do chamado consentimento granular.

O consentimento granular é uma norma trazida pela GPDR (Lei que visa proteger os cidadãos que moram na União Europeia e todos os *sites*, independente da sua nacionalidade devem segui-la.

No “consentimento granular o cidadão pode emitir autorizações fragmentadas no tocante ao fluxo de seus dados. Abre-se espaço, assim, para que o controle dos dados seja fatiado de acordo com cada uma das funcionalidades ofertadas e se deseja ter, e que demandam, respectivamente, tipos diferentes de dados”.¹⁵ Um exemplo de granularização do consentimento é a disponibilização de caixas de *checkbox* desmarcadas, onde o titular pode optar pelas operações de tratamento de dados que desejar.

Avançando na questão de tratamento de dados pessoais, além do titular poder cancelar o consentimento, observando-se que as condições expostas durante o consentimento são legítimas, há a possibilidade do titular requisitar a qualquer tempo a exclusão dos seus dados, que é o que preconiza a LGPD no art. 18. A exceção para a exclusão dos dados está contida no art. 16 da mesma lei, quando for necessário para 1) cumprimento de obrigação legal ou regulatória

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 192.

¹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 164.

¹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.189.

por quem controla os dados; 2) estudos por órgãos de pesquisa; e 3) uso exclusivo do controlador, desde que anonimizados¹⁶.

No entanto, a legislação em comento não trata explicitamente a exclusão dos dados com o termo direito de apagamento ou direito ao esquecimento, mas é trazida pela LGPD no termo “Eliminação” dos dados pessoais pelo controlador, e quanto solicitado por escrito pelo titular.

Quando falamos de direito de eliminação, o controlador e operador de dados dever estar atento a toda rede pela qual os dados transitaram, pois é dever dos agentes de tratamento poder saber a rastreabilidade dos dados. Esse fluxo deve estar sistematizado nos programas utilizados dentro do estabelecimento ou externos a ele. Isso se prende ao fato de que os agentes de tratamento são os responsáveis pela divulgação, aos demais participantes da rede, da manifestação de eliminação espedida pelo titular dos dados.

A intensão da LGPD não foi que consumidores, por medo, não fornecessem os seus dados. A verdadeira intenção é para que se avance numa consciência coletiva consumerista, no sentido de que, numa relação de consumo, em que os dados pessoais estarão envolvidos, é necessário ter informações claras sobre a necessidade do fornecimento destes dados e as salvaguardas que os agentes de tratamentos promoverão para a proteção dos dados pelos quais são responsáveis.

4 Empoderamento do titular dos dados pessoais como ativo econômico

A LGPD veio para regulamentar as relações de consumo, de maneira mais forte, isso é notório. Todas as empresas, independente de porte, que tratam dados pessoais com a finalidade econômica, precisam estar em conformidade com a lei, “cabendo ao agente de tratamento comprovar, através de medidas concretas, que cumprem as disposições e princípios estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados.”¹⁷

Essa obrigação legal faz com que as empresas estejam em alerta quanto à forma de tratamento dos dados do consumidor, uma vez que, antes da criação dessa norma, muitos agentes de tratamento utilizavam, frequentemente, a comercialização dos dados de seus clientes, colocando, assim, o titular dos dados em um estado de vulnerabilidade.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹⁷ SILVEIRA, Pedro. **A LGPD Comentada.** Enlaw Portal de Revistas Jurídicas, 2020. p. 57.

É fundamental pontuar que, muito embora a GDPR e a LGPD tenham por escopo fundamental resguardar os direitos dos sujeitos quanto às suas informações, estas normas precisam estar em equilíbrio com a economia baseada em dados.

Os dados pessoais, há muito tempo, se apresentam como importante ativo econômico, almejado por empresas, sejam públicas ou privadas, uma vez que estes dados passaram a ser insumos de processos analíticos sistêmicos, nos quais, a depender do negócio, o resultado da análise da experiência humana nas redes sociais poderá direcionar a prática de comércio para um lado ou para o outro. Observando por esse ângulo, percebe-se que uma simples disponibilização de dados pessoais, ou seja, a disponibilização de matéria-prima gratuita, pode evoluir para práticas de comércio globais, invisíveis.

Essa ordem econômica que se apoia na experiência humana está cada vez mais perceptível, levando acender um alerta do titular de dados com relação ao valor que este está produzindo dentro da economia.

Anteriormente à legislação, os dados eram coletados e manipulados muitas vezes de forma ilícita, sem a ciência e autorização de seus titulares.

Desta forma, diante da flagrante ilegalidade em que o cenário econômico com base em dados se consolidava, assentou-se que, ainda que os dados pessoais sejam novos insumos da economia digital, o tratamento e manipulação destes precisam se equiparar com a proteção da privacidade e identidade pessoal dos usuários, sendo imprescindível na consolidação da sociedade informacional que este titular possa, também, exercer sua autodeterminação informativa.

Ainda na ideia de que os “dados pessoais são meios de representação do indivíduo na sociedade e estão em correlação com a personalidade de seus titulares, a nova lei reconhece a possibilidade de direitos fundamentais serem violados, caso estes sejam manipulados para fins diversos, tais como violação à liberdade de expressão e comunicação, privacidade, honra, imagem, autodeterminação informativa e livre desenvolvimento da personalidade”.¹⁸ Isto significa dizer que a referida norma nacional prevê, em seu art. 2º, Inciso II, “a efetivação e promoção de direitos humanos fundamentais como uma justificativa para tutela de dados pessoais.”¹⁹

¹⁸ MENDES, Laura Schertel. Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. **Panorama Setorial da Internet**, v. 11, n. 2. jun. 2019. p. 02.

¹⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2018, v. 19, n. 3, p. 159-180.

Todavia, o empoderamento do titular de dados, diante de uma economia que trata seus dados como ativo econômico, passa pela liberdade de decidir e controlar o que fazer com seus próprios dados, com consciência, respeito e responsabilidade.

5 A Proteção e a Responsabilidade dos dados pessoais

Em relação à consciência do consumidor sobre a proteção dos dados, é possível que haja maior consciência no tocante aos cuidados e proteção que seus dados devem ter, principalmente com o advento da LGPD. Contudo, o consumidor brasileiro ainda carece de maior sensibilização, a fim de massificar o seu poder enquanto titular de dados.

A LGPD não faz distinção entre os dados físicos ou dados digitais, o importante é o tratamento dado a eles, com o objetivo de protegê-los.

Com o advento da LGPD, a tecnologia vem evoluindo e ajudando na eficiência operacional, visando atender as necessidades dos usuários finais, com relação ao oferecimento de proteção de dados, seja na confidencialidade, no compartilhamento permitido, no rastreamento e recuperação dos dados, dentre outras funcionalidades possíveis nessa era digital.

Estudo apresentado pela global da IBM Securitys: “destaca como a adoção de tecnologias de segurança – que aumentam ou substituem a intervenção humana para identificar e conter invasões ou vazamentos virtuais – tem minimizado os prejuízos das empresas que sofreram ataques.”²⁰

A “Inteligência artificial, *machine learning*, análise de dados e outras formas de automação de segurança permitiram às empresas responder a violações até 27% mais rápido do que as empresas que ainda não implantaram a automação de segurança.”²¹

[...] No Brasil, a maior parte dos vazamentos (47%) ocorreu por ataques mal-intencionados, causados por hackers ou criminosos. Em seguida, aparecem falhas no sistema (28%) e erro humano (25%) – incluindo funcionários negligentes ou contratados terceirizados que, sem querer, causaram vazamento de dados. Entre os setores mais afetados pelos incidentes de vazamentos no país estão o de finanças, serviços e saúde.”²²

²⁰ FEBRABAN. Empresas brasileiras perdem quase R\$ 6 mi com vazamento de dados. **Noomisblog**. Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/noomisblog/empresas-brasileiras-perdem-quase-r-6-mi-com-vazamento-de-dados>. Acesso em: 1 jul. 2021.

²¹ FEBRABAN. Empresas brasileiras perdem quase R\$ 6 mi com vazamento de dados. **Noomisblog**. Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/noomisblog/empresas-brasileiras-perdem-quase-r-6-mi-com-vazamento-de-dados>. Acesso em: 1 jul. 2021.

²² FEBRABAN. Empresas brasileiras perdem quase R\$ 6 mi com vazamento de dados. **Noomisblog**.

Mesmo diante de tantos avanços tecnológicos e num mundo das arquiteturas de proteção de dados, ainda há muitas empresas que mantêm dados físicos nos seus estabelecimentos, sendo isso uma questão preocupante.

O tratamento para os dados físicos deve ter o mesmo fluxo, pois faz parte do mesmo processo. Contudo, o risco de um vazamento ainda pode ser maior, pois não há como saber a real tramitação dos dados, sendo impossível a aplicação do processo de rastreabilidade, aumentando o risco exponencialmente.

Diante de um cenário de vazamento, o art. 42 da LGPD prevê a reparação pelo controlador ou operador de dados, nos casos em que o exercício de atividade de tratamento de dados pessoais causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais²³.

Ademais, o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador se equipara ao controlador, bem como os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente (art 42, I e II)²⁴.

Entretanto, há duas exceções em que os agentes de tratamento não serão responsabilizados: 1) embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não tenha havido violação à legislação de proteção de dados; e 2) no caso do dano ter sido decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros (art. 43, II e III)²⁵.

Por essa razão, é importante que os agentes de tratamento tenham zelo e tomem as devidas providências, observando os 11 (onze) princípios destacados na lei, que são: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não-discriminação, responsabilização e prestação de contas, além de tudo, que permeiam o processo da operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, di-

Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/noomisblog/empresas-brasileiras-perdem-quase-r-6-mi-com-vazamento-de-dados>. Acesso em: 1 jul. 2021.

²³ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

fusão ou extração de coleta.

Afinal, a LGPD, realçando a comunicação entre o sistema de proteção de dados e sistema de proteção do consumidor, amplia a questão de segurança, impõe aos agentes de tratamento de dados técnicas administrativas de salvaguardas, tendo como objetivo fundamental não dificultar o desenvolvimento tecnológico, mas compatibilizar esse desenvolvimento com a garantia dos direitos dos titulares de dados²⁶, tudo com o intuito de garantir uma maior proteção ao titular do dado e minimizar o impacto por eventual vazamento.

Conclusão

A LGPD não é apenas uma regulamentação ou adequação à legislação que trata de privacidade, é mais inovadora, pois traz o reconhecimento e fortalecimento dos direitos fundamentais na era digital, devolvendo aos seus titulares o controle de seus dados pessoais, “levando-se em conta que a atividade de tratamento de dados pessoais é de alto risco aos direitos fundamentais, pois estes são expressão direta da personalidade do usuário.”²⁷

A ponderação dos direitos dos titulares trazidos pela lei de proteção de dados é imprescindível,

[...] haja vista que estes se encontram no mesmo nível hierárquico constitucional, quais sejam o direito fundamental a dignidade humana e da livre iniciativa econômica. Desta forma, ainda que o mercado de dados seja uma das principais fontes de receita para algumas das grandes corporações da economia informacional [...]”²⁸

Dando sequência à citação, devido ao mercado de dados ser uma das principais fontes de receita para as grandes corporações e, por isso, necessário para o desenvolvimento econômico, é prioridade a defesa e proteção daqueles que são os titulares dos dados.

É importante destacar que, com o advento da LGPD, as empresas precisam e devem ter uma atenção maior quanto à **utilização de dados de consumidores**, como ativos econômicos, uma vez que a legislação surge em um momen-

²⁶ MENDES, Laura Schertel. Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. **Panorama Setorial da Internet**, v. 11, n. 2. jun, 2019. p. 02

²⁷ MOURA, Clarissa Maria Lima. **DADOS PESSOAIS COMO ATIVO NA ECONOMIA DIGITAL**: A tutela jurídica na legislação nacional e europeia acerca da manipulação de dados sensíveis para fins econômicos. Recife, 2019. p. 52. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37157>. Acesso em: 23 de julho de 2021.

²⁸ FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD**: principais repercussões para a atividade empresarial. Disponível em: Acesso em: 21 de julho de 2021.

to que se faz necessária a preocupação quanto ao tratamento dos dados, bem como surge um perfil de consumidor que ganha mais força com a legislação, destacando que o mesmo pode e deve cobrar dos agentes de tratamento o cumprimento e adequação aos parâmetros e bases legais estabelecidos pela lei.

De certo que a complexidade para adequação da LGPD pelas empresas é um desafio. Porém, é necessária, visto que é a partir da adequação que as empresas identificarão os reais riscos que enfrentam com o tratamento de dados pessoais e, só então, poderão agir de forma preventiva, a fim de minimizar eventuais incidentes de vazamentos, com ocorrência de danos para o titular.

Mas há uma questão primária, que tem uma importância tanto para as empresas como para os titulares dos dados, que é a questão da internalização de uma cultura responsável pelo tratamento de dados.

O que se espera com a LGPD é que os dados pessoais armazenados, seja por meio físico, seja por meio digital, estejam não só protegidos por lei, mas que os agentes de tratamento de dados entendam que não poderão utilizá-los, indiscriminadamente, de forma indevida.

Em resumo, a LGPD brasileira surgiu para proteger os titulares dos direitos fundamentais, na defesa dos interesses legítimos, frente à relação que existe entre o titular de dados e as empresas que usam essas informações como insumos necessários para desenvolver as suas atividades.

Referências

BÉLGICA. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, de 27 de abril de 2016**. Bruxelas: União Europeia, 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 20 de jun. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescente. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 2, p. 197-231. maio./ago. 2020. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/issue/view/39>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOTELHO, Marcos. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a lei geral de proteção de dados pessoais. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 32, 2020, p. 191-207. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1840/pdf>. Acesso em: 20 de jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília: Presidência da República [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

FEBRABAN. Empresas brasileiras perdem quase R\$ 6 mi com vazamento de dados. **Noomisblog.** Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/noomisblog/empresas-brasileiras-perdem-quase-r-6-mi-com-vazamento-de-dados>. Acesso em: 1 jul. 2021.

FORTALEZA, Sheille de Oliveira; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. O princípio da vulnerabilidade do consumidor na contratação eletrônica. **Revista Semente.** v. 6, n. 6, 2011. p. 173-182. Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/semente/article/view/155>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD:** principais repercussões para a atividade empresarial. Disponível em: <https://www.jota.info/?s=FRAZ%C3%83O%2C+Ana.+Nova+LGPD%3A+principais+repercuss%C3%B5es+para+a+atividade+empresarial>. Acesso em: 21 de julho de 2021.

GREGORI, Maria Stella. Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na saúde suplementar. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 127, n. 29. p. 171-196. São Paulo: Ed. RT, jan./fev./2020. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1268/1189>. Acesso em: 20 jun. 2021

MENDES, Laura Schertel. Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. **Panorama Setorial da Internet,** v. 11, n. 2. jun., 2019. p. 02.

MOURA, Clarissa Maria Lima; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro (Orient.). **Dados pessoais como ativo na economia digital:** a tutela jurídica na legislação nacional e europeia acerca da manipulação de dados sensíveis para fins econômicos. 2019. 58 p. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito do Recife - CCJ – Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2019. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37157>. Acesso em: 23 de julho de 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2018, v. 19, n. 3. p. 159-180.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVEIRA, Pedro. **A LGPD Comentada**. Enlaw Portal de Revistas Jurídicas, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Civil**: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civílistica.com**, v. 9, n 1, 9 maio 2020, p. 1-38. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Acesso em: 20 jun. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiata Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Posição 8669.

CAPÍTULO 7

A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE CONSULTORIA NO REGISTRO DE MARCA NO BRASIL E A APLICABILIDADE DO CDC

*Marcelo Porto Neves*¹

*Jéssica Granja Pereira de Carvalho*²

1 Introdução

Na temática do registro de marca, face ao art. 129 da Lei n. 9.279/96³ (LPI), o Brasil adotou o sistema atributivo de direito em contraposição ao sistema declaratório: via de regra, preenchidos os requisitos legais, a propriedade da marca será concedida em favor daquele que primeiro requerer o registro perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal criada em 1970 cujo intuito é o de fomentar a inovação e a competitividade a serviço do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil, através da proteção da Propriedade Industrial.⁴

Qualquer pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil, independentemente de possuir ou não procurador, pode praticar atos na aludida autarquia federal.⁵ Apesar de qualquer pessoa ter direito a depositar um pedido de registro de marca, as estatísticas publicadas pelo INPI trazem uma indiscutível realidade: poucos entendem a complexidade do processo marcário; saber preencher formulário não é suficiente, é altamente recomendável estudar o tema com pro-

¹ Advogado, pós-graduado, mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela UFPE/PROFNIT, ex-presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-PE, membro consultivo da Comissão Especial de Propriedade Intelectual do CFOAB, membro consultivo da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB-SC.

² Acadêmica de direito no centro universitário UNIFBV WYDEN

³ BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁴ NEVES, Marcelo Porto. Parada obrigatória in **O que aprendi com a pandemia**. Ana Paula Canto de Lima (org.). 1. ed. Recife: Império Jurídico, 2020.

⁵ INPI. Manual de Marcas. Diretoria de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas – INPI. 3a ed. Rio de Janeiro: 2020, p.12.

fundidade.⁶

O presente artigo visa ao debate acerca da prestação do serviço de consultoria no registro de marca no Brasil e a aplicabilidade da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC).

2 A importância da proteção marcária

O comércio está dentre os maiores fatores que levaram quase todos os sapiens, de todos os continentes, ao mundo globalizado que temos hoje.⁷ O acelerado desenvolvimento das fontes tecnológicas e a criatividade profissional empregada permitiram a publicidade de produtos e serviços pelos mais diversos meios de comunicação.⁸ Na economia atual, o fornecedor fazer uso de um sinal distintivo para ser identificado perante o mercado consumidor é, via de regra, basilar ante a existência de uma infinidade de opções disponíveis. As marcas, portanto, são consideradas mais que um ativo valioso, isso porque é a identidade de um produto ou serviço, a qual gera indiscutível influência na concorrência e na publicidade.⁹

A importância do registro de marca, para o empreendedor, pode ser vista com dupla possibilidade: vontade de ganhar e/ou medo de perder. Vontade de ganhar no sentido de conquistar um ativo intangível para o patrimônio seu ou de sua empresa; e medo de perder, de arriscar ser obrigado a se abster de usar a marca, mudar site, timbrados, fachadas, fardamentos e toda e qualquer forma de apresentação da marca e/ou ter que assumir um passivo provocado por eventual indenização por uso indevido de marca, se essa tiver sido registrada anteriormente por terceiros.¹⁰

⁶ NEVES, Marcelo Porto. Apontamentos sobre o registro de marca no INPI *in* **Propriedade intelectual para empreendedores**. Débora Araújo Lopes, Beatriz Fernandes Genaro (org.). 1.ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

⁷ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 34. ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2018.

⁸ DONATO, Ana Carolyn Cazé. Os vulneráveis e a efetivação do Direito à Informação *in* **Estudos em homenagem aos 30 anos do CDC**. Larissa Leal, Vinicius Calado, Joaquim Guerra Filho (org.). Recife: FASA, 2021.

⁹ ROCHA, Marcos; OLIVEIRA, Sérgio Luís Ignácio. **Gestão estratégica de marcas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁰ NEVES, Marcelo Porto. Apontamentos sobre o registro de marca no INPI *in* **Propriedade intelectual para empreendedores**. org. Débora Araújo Lopes, Beatriz Fernandes Genaro. 1.ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021, p. 33.

SCHMIDT afirma que a marca detém um papel central na moderna sociedade de consumo por se constituírem ferramenta fundamental para distinguir e orientar as preferências dos consumidores.¹¹

Além disso, a pandemia causada pela covid-19 obrigou diversos municípios, estados e países a decretarem isolamento social, de modo que levou quase todos os empreendedores a uma necessidade ainda maior de se lançarem na vitrine virtual através de aplicativos, sites, redes sociais etc. Tal necessidade, nos tempos atuais, tem se tornado condição *sine qua non* para sobrevivência de muitos negócios. Para quase todos não restou outra alternativa senão a evolução precoce¹²: desde a obsolência das suntuosas estruturas dos grandes escritórios do dia para a noite, passando pela aceitação do trabalho no formato *home office* e chegando à necessidade de incorporação o das plataformas *online* para as aulas escolares e universitárias poderem ser ministradas. Cada vez mais, percebe-se a importância da segurança jurídica de uma identidade perante o consumidor: a proteção marcária.

A proteção de marcas é um conjunto do qual faz parte o registro de marcas: uma marca só pode ser considerada protegida quando registrada e concomitantemente acompanhada mediante leitura semanal dos despachos da Revista da Propriedade Industrial (RPI), de tal forma que mesmo após estar registrada a marca não pode ser considerada necessariamente protegida: a proteção de uma marca vai muito além da concessão do respectivo registro, depende do constante acompanhamento semanal para a tomada de providências, sempre que necessárias.¹³

A proteção marcária contempla o registro de uma marca e seu respectivo acompanhamento por todo o lapso temporal no qual o empreendedor tenha interesse nela, o que tende a ser por toda a existência do negócio. Tal proteção possibilita que a gestão da empresa seja mais eficaz no cenário concorrencial, sendo estas uma visão estratégica e mercadológica do negócio.

Devido ao valor agregado, o uso de uma marca registrada auxilia na competitividade e na credibilidade perante os mercados atuantes, além de evitar um possível passivo para o negócio.

¹¹ SCHMIDT, Lélío Denicoli. Marcas: aquisição, exercício e extinção de direitos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹² NEVES, Marcelo Porto. Parada obrigatória in **O que aprendi com a pandemia**. Ana Paula Canto de Lima (org.). 1. ed. Recife: Império Jurídico, 2020.

¹³ NEVES, Marcelo Porto. Apontamentos sobre o registro de marca no INPI in **Propriedade intelectual para empreendedores**. Débora Araújo Lopes, Beatriz Fernandes Genaro (org.). 1.ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021, p. 34.

No âmbito da discussão acerca dos prejuízos causados pelo uso indevido de marca, tem-se abaixo o posicionamento dos Tribunais Pátrios:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. USO INDEVIDO DE MARCA. MESMO SEGMENTO MERCADOLÓGICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, em se tratando de direito de marcas, o dano material é presumido, sendo possível a apuração do valor da indenização em liquidação de sentença, pois a violação desse direito é inequivocamente capaz de gerar severas lesões à atividade empresarial do legítimo titular da marca, tais como, por exemplo, o desvio de clientela e a confusão entre as empresas. 2. Agravo interno provido. (AgInt no AREsp 228.942/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018)

Por conseguinte, no Brasil, os empreendedores não são obrigados a registrar a marca que usam, mas isso não os exime da obrigação de cumprir com o que preconiza o ordenamento jurídico pátrio: em regra, quem usa uma marca não registrada pode ser obrigado a se abster de usá-la imediatamente e, ainda, a pagar uma indenização por seu uso indevido, caso ela esteja ou seja concedida a um terceiro. Nesta situação, não é necessário comprovar o dano material sofrido pelo uso indevido da marca, mas tão somente sua ocorrência, em virtude de o Poder Judiciário brasileiro considerá-lo presumido (*in re ipsa*). Cabe ao empreendedor proteger sua marca legalmente para evitar que concorrentes se apoderem dela e causem prejuízos que podem inviabilizar o negócio.

3 O Agente da Propriedade Industrial (API)

O Agente da Propriedade Industrial (API) é uma profissão regulamentada no Brasil, inicialmente pelo Decreto nº. 22.989, de 26 de julho de 1933, posteriormente substituído pelo Decreto-Lei nº. 8.933, de 26 de janeiro de 1946, mas atualmente sua legitimidade para atuação está sendo questionada por uma ação civil pública. O processo em questão ainda está em curso, e houve a publicação de um acordão recentemente acerca desse assunto:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI. REQUERIMENTOS. REGISTRO. EXIGÊNCIA DE AGENTES DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. RESTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA. FUNDAMENTOS. ADOÇÃO. JULGAMENTO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE.1. A sentença foi proferida antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, razão

pela qual os recursos serão apreciados de acordo com a forma prevista no CPC de 1973, em conformidade com o Enunciado administrativo n. 2 do E. STJ. 2. Agravo retido interposto pela ABAPI não foi conhecido, uma vez que não houve requerimento expresso de sua apreciação pelo Tribunal, nas razões de apelação, em observância ao disposto no § 1º, do artigo 523 do CPC de 1973. 3. Há legitimidade ativa do Ministério Público Federal decorrente, em especial, do disposto no inciso III do artigo 129 da Constituição da República. 4. Viabilidade da utilização da ação civil pública para suscitar - incidentalmente - a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. 5. A declaração de inconstitucionalidade incidental não configura julgamento extra petita, portanto, não há nulidade no julgado. 6. A apelação de terceiro interessado recebida, com fundamento no artigo 499 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época. 7. Conforme consignado na r. sentença, o direito consagrado no preceito do inciso XIII do artigo 5º da Constituição da República constitui verdadeira garantia constitucional, que somente pode ser restringida nos casos em que o Poder Legislativo Federal editar lei indicando a necessidade de habilidade especial. 8. Há vinculação direta e imediata do Poder Executivo quanto a esses direitos fundamentais, não pode e nem deve a Administração Pública instituir de qualquer forma uma reserva de mercado, para os mais iguais. **O referido regramento constitucional assegura a todos os cidadãos a atuação perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, independentemente da exigência de habilitação especial ou outras restrições não fixadas por lei.** 10. A decisão monocrática encontra-se devidamente fundamentada, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos, sendo certo, ainda, que não há nada de novo a infirmar o decurso, motivo pelo qual deve ser mantido por seus próprios fundamentos. 11. A adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, que preceitua que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Precedentes do E. STF e do C. STJ. 12. Afastadas as questões preliminares, agravo retido da ABAPI não conhecido, remessa oficial e apelações desprovidas. (TRF-3- ApReeNec:00201725920094036100 SP, Relator: Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, Data de Julgamento: 20\10\2019, 4ª Turma, Data de Publicação: e – DJF3 Judicial 1 DATA: 03\11\2019).
(Grifos nossos)

Nesse sentido, qualquer pessoa física ou jurídica pode, em seu nome ou através de um procurador legalmente constituído, pleitear o registro de marca perante o INPI, para a obtenção de direitos de propriedade industrial.

No período de janeiro a outubro de 2020 o INPI recebeu 224.045 depósitos de pedidos de registro de marca e proferiu 189.795 decisões, destas tendo sido 15.016 despachos de arquivamentos, 53.087 indeferimentos, 5.466 pedidos considerados inexistentes e 116.226 concessões.¹⁴

Ou seja, depositar o pedido de registro de marca não significa necessariamente obter seu respectivo registro. Importante mencionar, aqui, um mito criado por leigos na área e que traz sérios prejuízos no processo de registro de marca: não é verdade que basta uma busca no site do INPI para saber acerca da registrabilidade de uma marca. Não é verdade que se uma marca for encontrada nessa busca ela impossibilita o registro de outra semelhante, assim como não é verdade que se não for encontrado registro da marca pesquisada ela será necessariamente passível de registro. Há alguns procedimentos a serem seguidos:

Antes do peticionamento eletrônico pelo e-Marcas, deve-se verificar o preenchimento aos requisitos dos exames formal e substantivo, dentre os quais a análise da possibilidade de colidência entre a marca desejada e as já publicadas pelo INPI, em seus aspectos gráfico, fonético e ideológico com o intuito de verificar se as semelhanças existentes podem causar risco de confusão ou associação indevida.¹⁵

Qualquer busca não é suficiente, vez que é absolutamente necessária uma análise do atendimento aos requisitos relativos à liceidade, à distintividade, à veracidade e à disponibilidade para o exame substantivo do INPI em relação aos aspectos gráficos, fonéticos e ideológicos, além da pesquisa de afinidade mercadológica a fim de evitar confusão ao consumidor.

A partir do levantamento de dados encontrados na base de informações do INPI, pode-se verificar que no ano de 2018 foram depositados 204.419 mil pedidos de registro de marcas. Destes, foram registrados 191.813 concessões, 105.379 indeferimentos e 75.880 arquivamentos de pedidos. Através das Revisitas da Propriedade Industrial (RPI) de números 2452 a 2503, ano de 2018, foram identificados 2.039 requerimentos de caducidades e 6.296 instaurações de Processos Administrativos de Nulidades.¹⁶

¹⁴ INPI. Boletim mensal de propriedade industrial: estatísticas preliminares. / Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Presidência. Diretoria Executiva. Assessoria de Assuntos Econômicos (AECOM) - -Vol. 1, n.1 (2016) - - Rio de Janeiro: INPI, 2020- Mensal Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/pasta-x/boletim-mensal/arquivos/documentos/boletim-mensal-de-propriedade-industrial_18-11-2020.pdf Acesso em: 5 jun. 2021.

¹⁵ NEVES, Marcelo Porto. Apontamentos sobre o registro de marca no INPI *in* **Propriedade intelectual para empreendedores**. Débora Araújo Lopes, Beatriz Fernandes Genaro (org). 1.ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021, p. 34.

¹⁶ INPI. Estatísticas. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/estatisticas>. Acesso em: 20 mai. 2021.

Os dados ora esposados comprovam – em caráter indiscutível – a necessidade da prestação de serviços no tocante à consultoria especializada para a proteção marcária por um profissional competente, diligencia e especializado.

Em relação aos serviços prestados pelo procurador no registro de marca no Brasil, tem-se em caráter exemplificativo: a obtenção, manutenção e defesa dos direitos da propriedade industrial de seus clientes, na forma de elaboração de pedidos de registro de marcas, elaboração de parecer de viabilidade, acompanhamento semanal da RPI para leitura das colidências, elaboração de contratos de licenciamento de uso de marcas, controle de pagamentos e de prazos, renovação de registros de marcas, entre outros. Ou seja, percebe-se que para atuar nessa área de forma ética e efetiva para o cliente é fundamental que profissional tenha capacidade técnica e conhecimentos avançados.

4 Aplicabilidade do CDC no serviço de registro de marca no Brasil

O profissional que atua como procurador no registro de marca no Brasil, a exemplo do advogado, contador etc deve ser caracterizado como fornecedor de serviços, à luz do art. 3º do CDC:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Importante, ainda, trazer à baila o art. 14 do Código supra:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A falha na prestação dos serviços do profissional que atua como procurador no registro de marca no Brasil deve, portanto, seguir os ditames do dispositivo legal acima mencionado, ressaltando-se, por oportuno, que aquele profissional pode causar prejuízos irreversíveis para o titular do pedido de registro da marca, a exemplo das estatísticas transcritas no presente artigo.

Faz-se mister ressaltar a aplicabilidade, pela doutrina e pelos Tribunais Pátrios, da chamada teoria finalista mista, a qual ampara a existência de circunstâncias nas quais se pode aplicar as normas do CDC de forma absoluta, ainda quando o consumidor não é o destinatário final do produto ou serviço. Assim, caso seja provada a vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica que adquiriu o produto ou serviço se admite a utilização não só para uso privado, mas também a fim de desenvolver atividades comerciais ou profissionais da sua empresa.

Na jurisprudência do STJ, pode-se verificar a aplicabilidade da teoria finalista, permitindo a possibilidade de se utilizar as normas do CDC para aqueles que utilizam os produtos ou serviços a fim de agregar ou multiplicar os seus negócios:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E NOVAÇÃO DE DÍVIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA MITIGADA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. RAZOABILIDADE. 1.- Tendo o Tribunal de origem fundamentado o posicionamento adotado com elementos suficientes à resolução da lide, não há que se falar em ofensa ao artigo 535, do CPC. 2.- **A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.** Precedentes. 3.- A convicção a que chegou o Acórdão acerca do dano e do aval decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial os enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte Superior. 4.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 5.- Inocorrência de indenização no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais decorren-

tes de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito. 6.- Agravo Regimental improvido.(STJ - AgRg no REsp: 1413889 SC 2013/0349718-6, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 27/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2014)A vulnerabilidade pode ser comprovada, a partir de alguns fatos que serão trazidos. (Sem destaques no original)

É válido frisar que, segundo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), 99% das empresas no Brasil são classificadas como micro e pequena empresa e apenas 4% dos proprietários dessas empresas possuem formação educacional de nível superior, de acordo com os dados do Mapa do GovDigital e do SEBRAE. Além disso, em relação ao comportamento das empresas brasileiras no tocante ao registro de marcas, de acordo com o cruzamento de dados do INPI e do Mapa do GovDigital, chegou-se à conclusão de que apenas 6% das empresas que são abertas no território nacional procedem ao pedido de registro de suas respectivas marcas. Por conseguinte, pode-se concluir que dos micro e pequenos empresários brasileiros raros são os que possuem formação para o entendimento da importância do registro de marcas, pelo que se entende a vulnerabilidade daqueles.

Conclusão

No Brasil, os empreendedores não são obrigados a registrar a marca que usam, mas isso não os exime da obrigação de cumprir com o que preconiza o ordenamento jurídico pátrio: em regra, quem usa uma marca não registrada pode ser obrigado a se abster de usá-la imediatamente e, ainda, a pagar uma indenização por seu uso indevido, caso ela esteja ou seja concedida a um terceiro. Nesta situação, não é necessário comprovar o dano material sofrido pelo uso indevido da marca, mas tão somente sua ocorrência, em virtude de o Poder Judiciário brasileiro considerá-lo presumido (*in re ipsa*). Cabe ao empreendedor proteger sua marca legalmente para evitar que concorrentes se apoderem dela e causem prejuízos que podem inviabilizar o negócio.

A legislação brasileira determina que qualquer pessoa tem direito a depositar o pedido de registro de marca perante o INPI, mas os dados estatísticos divulgados por esta autarquia mostram que são inúmeros os processos marcários inexitosos, razão pela qual se supõe que poucos entendem a complexidade da área: saber preencher o formulário do pedido de registro não é suficiente, sendo altamente recomendável estudar o tema com profundidade. Ou seja, depositar o pedido de registro de marca não significa necessariamente obter seu respectivo registro.

É de extrema relevância a segurança jurídica da identidade do fornecedor perante o mercado consumidor: as marcas, portanto, são consideradas mais que

um ativo valioso, isso porque é a identidade de um produto ou serviço, a qual gera indiscutível influência na concorrência e na publicidade

A proteção marcária contempla o registro de uma marca e seu respectivo acompanhamento por todo o lapso temporal no qual o empreendedor tenha interesse nela, o que tende a ser por toda a existência do negócio. Ocorre que em virtude de serem raros os micro e pequenos empresários brasileiros com formação para o entendimento da importância do registro de marcas, deve-se entender pela vulnerabilidade daqueles.

O profissional que atua como procurador no registro de marca no Brasil deve ser caracterizado como fornecedor de serviços, à luz do CDC, e sua falha na prestação de tais serviços deve, portanto, seguir os ditames do dispositivo legal acima mencionado, ressaltando-se, por oportuno, que aquele profissional pode causar prejuízos irreversíveis para o titular do pedido de registro da marca.

Referências

BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

DONATO, Ana Carolyn Cazé. Os vulneráveis e a efetivação do Direito à Informação *in Estudos em homenagem aos 30 anos do CDC*. Larissa Leal, Vinicius Calado, Joaquim Guerra Filho (org.). Recife: FASA, 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 34. ed. Porto Alegre, RS: L&PM, 2018.

INPI. Boletim mensal de propriedade industrial: estatísticas preliminares. / Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Presidência. Diretoria Executiva. Assessoria de Assuntos Econômicos (AECOM) - -Vol. 1, n.1 (2016) - - Rio de Janeiro: INPI, 2020- Mensal Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/aceso-a-informacao/pasta-x/boletim-mensal/arquivos/documentos/boletim-mensal-de-propriedade-industrial_18-11-2020.pdf Acesso em: 5 jun. 2021.

INPI. Estatísticas. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/estatisticas>. Acesso em: 20 mai. 2021.

INPI. Manual de Marcas. Diretoria de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas– INPI. 3a ed. Rio de Janeiro: 2020.

NEVES, Marcelo Porto. Apontamentos sobre o registro de marca no INPI *in Propriedade intelectual para empreendedores*. Débora Araújo Lopes, Beatriz Fernandes Genaro (org.). 1.ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

NEVES, Marcelo Porto. Parada obrigatória *in* **O que aprendi com a pandemia**. Ana Paula Canto de Lima (org). 1. ed. Recife: Império Jurídico, 2020.

ROCHA, Marcos; OLIVEIRA, Sérgio Luís Ignácio. **Gestão estratégica de marcas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. Marcas: aquisição, exercício e extinção de direitos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

O PAPEL DA ADVOCACIA NA DEFESA DO CONSUMIDOR

CAPÍTULO 8

PROTAGONISMO DA ADVOCACIA NA FASE JUDICIAL DE TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO: PRIMEIRAS NOTAS À LEI 14.181/2021

Vitor Hugo do Amaral Ferreira¹

Introdução

A sociedade de consumo tem se mostrado em diversas dimensões e conjunturas, que exigem um olhar atento aos fenômenos que a caracterizam, dentre eles o processo de concessão de crédito, a ausência de educação financeira, os abusos do mercado de crédito e o conseqüente superendividamento dos consumidores.

A sociedade do superendividamento é a fragmentação que condiciona ao enfraquecimento da sociedade de consumo de modo geral, um adoecimento financeiro que sobrecarrega a vulnerabilidade já existente e eleva os consumidores a mazelas deste fenômeno. O crédito que também permite avanços da sociedade, ao financiar a produção que reverte ao bem-estar da própria organização social, trouxe o desafio de tratamento aos efeitos da sociedade de crédito.

A Lei 14.181/2021 trouxe a atualização ao Código de Defesa do Consumidor, mas além disso a esperança de prevenção e tratamento aos consumidores superendividados, como instrumento capaz de minimizar a exclusão social do país, reabilitar os consumidores ao consumo, estabelecer parâmetros de vida a partir do mínimo existencial, com o intuito de promover o equilíbrio, a harmonização das relações de consumo de crédito. Ao tratamento, de modo especial, duas são as fases identificadas na norma: um primeiro momento conciliatório que pode ser judicial ou administrativo, e um momento posterior judicial para se compor a ação por superendividamento com a incidência de um plano compulsório de pagamento. A este segundo tempo, observa-se a atuação conjunta

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), ênfase em Direito do Consumidor e Concorrencial. Docente do Curso de Direito, da Universidade Franciscana (UFN). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização' UFRGS, Conselheiro da Escola Superior de Defesa do Consumidor do Rio Grande do Sul. Conselheiro do Fundo Gestor de Direitos Difusos, do Ministério da Justiça. Diretor adjunto da Revista de Direito do Consumidor, da Revista dos Tribunais, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON).

e solidária de toda a comunidade jurídica, nota-se o papel da advocacia, para promover a efetividade da Lei 14.181/2021, em uma implementação e aplicação coerente. Neste sentido, propomos aqui as primeiras notas sobre a temática voltada ao protagonismo da advocacia na fase judicial de tratamento do superendividamento. Um chamado, um convite para que se unam à proteção dos vulneráveis em uma prática jurídica cidadã, apta a resgatar a dignidade com o apoio crescente da advocacia consumerista que tanto tem feito pelos consumidores brasileiros.

1 Sociedade de consumo e crédito: contexto preliminar

As relações de consumo atuam intrinsecamente com a economia, movimentando-a e também se movimentando por conta desta. É essencial, ao contexto proposto, distinguir moeda e crédito, uma vez que já se fez confusão neste sentido. Como pontua Jack Weatherford² não há dinheiro sem um contexto cultural ou social. Dinheiro não será um objeto sem vida, mas “uma instituição social”, em que é preciso um sistema sociocultural específico. A “era do dinheiro”³

² WEATHERFORD, Jack. *A História do Dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Negócio. 1999.

³ O sistema comercial do mundo moderno começou com viagens de Cristóvão Colombo para o Novo Mundo e Vasco da Gama para as Índias. Pela primeira vez na história, navios cruzaram alto mar e ancoraram em portos de quase todos os continentes em uma rede global de comércio. As viagens de Colombo e de da Gama abriram a grande era mercantil de comércio internacional. O caminho para o poder e riqueza na era mercantil estava no embarque de mercadorias e comércio. Depois de dois séculos de comércio global, as rotas se firmaram e muitos concorrentes lutavam para transferir os condimentos e sedas da Ásia para a Europa, escravos da África para a América, e prata e açúcar da América para a Europa. O controle do comércio passou de Portugal e Espanha para Inglaterra, Holanda e outros países europeus. Gradualmente, na segunda metade do século XVIII, uma nova rota para a riqueza surgiu pelo desenvolvimento da produção industrializada na Inglaterra. O foco de atividade e a maior fonte de lucros passou do comércio para a produção, um foco que durou quase até o final do século XX. A riqueza passava de comerciantes a industriais que fabricavam uma sequência de produtos começando pelos têxteis, rapidamente passando ao aço e outros metais. Nas palavras de Karl Marx, o grande crítico de capitalismo industrial, o poder e a riqueza estavam nas mãos daqueles que detinham os “meios de produção”- os proprietários das fábricas. Durante o século XX, a produção concentrou-se nos bens de consumo, de automóveis no início do século para computadores no final, bem como o constante suprimento de armamentos para as frequentes guerras que dominaram o século. Assim como os portugueses e espanhóis não podiam manter seus monopólios no comércio global nos séculos após Colombo e da Gama, os países industrializados não podiam manter o monopólio sobre a produção, que rapidamente se espalhou para a América do Norte e Japão, e posteriormente para o restante do mundo também. A manufatura deixou de ser uma novidade econômica, passando a ser um dado. Logo o Brasil e a Índia conseguirão exceder seus mestres coloniais em termos de produção. Os computadores e artigos têxteis podem ser fabricados mais baratos na Malásia e no México do que na Alemanha ou Estados Unidos. Nas décadas finais do século XX, ficou claro que a produção não mais controlava a economia como havia controlado no século anterior. Os proprietários dos meios de produção eram apenas raramente indivíduos solteiros ou famílias, e certamente não constituíam mais uma classe específica. As empresas pertenciam a

é definitivamente nova, é revolucionária, e isso deve impor medo. O dinheiro como cobre, prata, conchas e ouro, se transformou em moedas, notas, cheques, contas bancárias, cartões em plásticos, informações eletrônicas, números armazenados em *chips*⁴. Bem como, a tecnologia revoluciona o modelo de serviço bancário, os sistemas econômicos, o que se percebe na *internet Banking* e funcionalidade *mobile*. Há uma maior autonomia, agilidade de transações e, nem sempre, representam segurança. Entre as novas tecnologias, uma proposta disruptiva ao sistema operacional econômico mundial, destaca-se a criptomoeda, o *Bitcoin* e a tecnologia *Blockchain* como base do Sistema *Bitcoin*.⁵

Nas sociedades mercantis o dinheiro é objeto central nas teorias econômicas⁶, desde Adam Smith, “foi objeto de intensa investigação em diversas áreas do conhecimento, como *Staatliche Theorie des Gelds* (1905) de Geor Frederich Knapp; *Philosophie des Gelds* (1900) de George Simmel e o *les origines de la notion d monnaie* (1914) de Marcel Mauss”.⁷

milhões de acionistas - de aposentados vivendo com uma renda fixa e limitada a bilionários detentores de ações em centenas de corporações. No sistema emergente, os poderes fluíam sob controle de uma nova classe de financistas que às vezes eram proprietários e às vezes só controlavam grandes quantias de dinheiro em empresas de corretagem, bancos, fundos de pensão, agências seguradoras ou administradoras de fundos mútuos. Eles não transportavam condimentos, seda ou escravos pelo mundo mais do que controlam a produção de míssis, videocassetes ou cafeteiras. Controlam o fluxo de dinheiro ou, mais precisamente, a forma do dinheiro. À medida que o dinheiro muda de metal e papel para plástico e chips de computadores, esses financistas controlam seu movimento de uma moeda nacional para outra, de ações a títulos municipais, de certificados de depósito a opções de compra, de hipotecas a fundos mútuos, ou de moedas nos mercados futuros a títulos de alto risco. À medida que o dinheiro cresce em importância, uma nova luta começa pelo controle dele no século vindouro. Provavelmente veremos uma era prolongada de concorrência durante a qual muitos tipos de dinheiro surgirão, irão se proliferar e desaparecerão em um ritmo acelerado. Na busca pelo controle do novo dinheiro, muitos concorrentes estão lutando para se tornar a principal instituição monetária da nova era. A história demonstrou repetidas vezes que nem o governo nem o mercado, por si só, são capazes de regulamentar o dinheiro. De Nero a Nixon, os financistas e funcionários do governo exploraram seu poder de regulamentar o dinheiro a seu próprio favor a curto prazo. Os imperadores romanos reduziram o conteúdo de prata das moedas para pagar o custo de um crescente exército e burocracia, e financistas e banqueiros franceses emitiram ações e papel-moeda sem valor para o público que nem suspeitava disso. (WEATHERFORD, Jack. *A História do Dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Negócio. 1999, p. 228 – 233).

4 Veja sobre o tema SILVA, Luiz Gustavo Doles. *Bitcoins e outras criptomoedas: teoria e prática à luz da legislação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2018.

5 Sobre o tema SILVA, Luiz Gustavo Doles. *Bitcoins e outras criptomoedas: teoria e prática à luz da legislação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 12-13.

6 Desde Adam Smith, percussor da economia moderna, várias são as teorias que sustentam as explicações econômicas. No mesmo sentido há uma diversidade de ideias e autores, inclusive contraditórios entre si, David Ricardo, Karl Marx, Alfred Marshall, Irving Fischer, John Maynard Keynes, Joseph Schumpeter, Friedrich Hayek, Joan Robinson, Milton Friedman, Douglas North, Robert Solow, entre outros, que desvelam os desafios econômicos. YUEH, Linda. *Os grandes economistas: como suas ideias podem nos ajudar hoje*. Janaína Marcoantonio (tradução). Porto Alegre-RS: L&PM, 2021.

7 AUGUSTO, André Guimarães. *As origens do dinheiro: abordagem ontogenética e abordagem histó-*

Por certo, o crédito não se confunde à moeda, ainda que intrinsecamente associados, e se a confiança está presente ao signo dado ao papel como valor (dinheiro), mais evidente é o sentido de confiar como elemento intrínseco ao conceito de crédito. Em sentido etimológico, do latim *creditum* (dado à confiança) e *credere* (confiar)⁸, o crédito carrega em si a essência da confiança, ou ainda, a confiança está no sentido exato de crédito. Dar crédito equivale-se a dar confiança, depositar no tempo a crença de retorno. Onde há crédito existe confiança, mas neste silogismo: há confiança sempre onde há crédito?⁹ Em relação ao tempo, nas lições de Claude-Frédéric Bastiat “dar crédito é dar tempo”.¹⁰

O crédito, ao que se conhece nos dias de hoje, como produto (dinheiro) e serviço (empréstimo), tem sua origem na possibilidade de se adquirir bens de produção¹¹, que tinham seu valor diluído em parcelas pagas com o produto a ser produzido, colhido, fabricado. Como sustentam Rosa-Maria Gelpi e François Julien-Labruyère, o crédito surge e se caracteriza como fator de extrema importância na história econômica, social e no pensamento¹² acadêmico. O fator de transição do sistema clássico de troca também é pontuado pelo crédito, fonte do fomento da urbanização e da civilização industrial ocidental. O crédito ao consumo, por sua vez, tem se mantido entre as preocupações centrais da sociedade.

Ao processo histórico do crédito, fica nítida a condenação pelas fontes

rico. Revista de Economia, v. 37, n. 3 (ano 35), p. 7-21. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná. 2011, p. 8.

⁸ No mesmo sentido, Clarissa Costa de Lima e Karen Rick Danilevicz Bertoncello, contemplam ainda que crédito tem duas percepções basilares: confiança e o tempo. Assim, “define-se como a faculdade de inspirar confiança por uma duração mais ou menos longa. Desse modo, o crédito é caracterizado pela decorrência de um prazo entre a prestação do credor e aquela do devedor, o que somente é possível porque o credor acredita que o devedor cumprirá sua obrigação nos prazos convencionados”. LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento Aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Gz Editora. 2010, p. 21.

⁹ Esta é uma questão a ser enfrentada, em especial, ao espaço contemporâneo de oferta de crédito.

¹⁰ Apud em GELPI, Rosa Maria; LABRUYÈRE, François Julien. *História do crédito ao consumo*. Carlos Peres Sebastião e Silva (trad.) São João do Estoril-Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2000, p. 135.

¹¹ Na explicação de Rosa-Maria Gelpi e François Julien-Labruyère o crédito nos Estados Unidos e Europa fomentou a produção em zonas agrícolas. A aquisição de cavalos, carroças, arreios, mobílias ou sementes era paga por meio de um valor inicial e o valor faltante após a colheita. (GELPI, Rosa Maria; LABRUYÈRE, François Julien. *História do crédito ao consumo*. Carlos Peres Sebastião e Silva (trad.) São João do Estoril-Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2000).

¹² E, curiosamente, onde deveria existir concomitância entre a teoria e a prática, este assunto deu origem a uma controvérsia milenar. Parece existir uma espécie de esquizofrenia social que, por outro lado, aparenta aceitar as práticas indispensáveis à vida coletiva e que, por outro lado, as condena em nome de ideais filosóficos. É difícil encontrar assunto mais enraizado e mais largamente aceito do que este preconceito. (GELPI, Rosa Maria; LABRUYÈRE, François Julien. *História do crédito ao consumo*. Carlos Peres Sebastião e Silva (trad.) São João do Estoril-Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2000, p. 243).

eclesiásticas, a partir do repúdio à usura, uma vez que o crédito representava também juro. A democratização do empréstimo, em modelo de financiamento primário destinado às atividades profissionais (crédito à produção), fomentava, de forma especial, a agricultura. Este foi o perfil do crédito por muito tempo, até que passou a atender também a falta excepcional de liquidez e, ao ser massificado, atingiu a todos (crédito ao consumo). Ampliou o acesso, potencializou o risco e consequentemente criou um maior número de devedores. Em síntese, sugere-se a identificação de 4 fases da evolução histórica do crédito: i) a negação religiosa; ii) crédito à produção; iii) crédito ao consumo; e iv) superendividamento.

O crédito passou a proporcionar o avanço da sociedade ao passo que financia a produção que reverte ao bem-estar da própria organização social. O fator trabalho e a produção em larga escala ampliaram a oferta de produtos e consequentemente o crédito foi democratizado para permitir o acesso a bens de consumo. O desafio atual está nos efeitos da sociedade de crédito, que proporcionou uma sociedade superendividada.

2 Lei 14.181/2021: a trajetória acadêmica, institucional e legislativa

O fenômeno do crédito em uma sociedade caracterizada pelo consumo é um processo natural do capitalismo. O que por si só não enseja um problema, o desafio está no cenário consequente de uma série de efeitos da concessão de crédito, dentre eles o superendividamento.

O indivíduo central da discussão é o sujeito humano na sua percepção de *homo economicus*¹³ na sociedade de consumo. A sociedade, ao longo da história, é marcada como uma sociedade de crises, dentre elas as econômicas¹⁴, o que

¹³ A pós-modernidade transmuta o *homo faber*, na originária expressão de Hannah Arendt, como aquele que fabrica, quem produz, para o *homo economicus*, o sujeito ativo economicamente. É o sentido exposto em MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar, BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. *Direito privado, constituição e fronteiras*. Porto Alegre/Brasília: Orquestra Editora, 2012, p. 105.

¹⁴ Sobre a crise global e a necessidade de regulamentação MARQUES, Claudia Lima; RAMSAY, Iain; PERSON, Gail; BOURGOIGNIE, Thierry; NEHF, James (coord.) *The global financial crisis and the need for consumer regulation: new developments on international protection of consumers*. Porto Alegre: Orquestra, 2012; PAISANT, Gilles *et alii*. Le crédit à la consommation dans l'Union européenne: le droit communautaire. In: *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation*, Lausanne: Ceditac, vol. 51, 2002; REBÊLO, Felipe César José Matos. Crise financeira de 2008: a intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, p. 69-79, 2010; SILBER, Simão Davi. A economia mundial após a crise financeira de 2007 e 2008. *Revista USP*, n. 85, p. 82-93, 2010; e CARVALHO, Jorge Morais. *Direito do Consumo em Tempos de Pandemia – O Efeito das Crises no Nível de Proteção dos Consumidores*. 2020. Disponível em: <https://observatorio.almedina.net/>

reforça, no século XXI, o superendividamento dos consumidores entre as crises da sociedade de consumo de maior evidência.¹⁵ Contudo, ainda que o momento ápice da discussão permeie os tempos atuais, o alerta da necessidade de se pensar o consumo de crédito e a condição de superendividamento dos consumidores não é recente. O debate sobre a proteção do consumidor diante do consumo de crédito percorre a ceara internacional¹⁶ a bastante tempo.

Com o pioneirismo em tratar do tema no Brasil, a Universidade do Rio Grande do Sul trouxe a primeira pesquisa empírica¹⁷ em casos de conciliação de dívidas de consumidores pessoas físicas, tendo por referência o modelo francês¹⁸

index.php/2020/04/09/direito-do-consumo-em-tempos-de-pandemia-o-efeito-das-cries-no-nivel-de-protacao-dos-consumidores/. Acesso em 17, de maio de 2021.

¹⁵ Superendividamento tem sua definição no fenômeno que se caracteriza pela impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, salvo as dívidas com o Fisco, oriunda de delitos e de alimentos. MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁶ É de se observar como referência o texto da década de 70 de RAYMOND, Guy. *La protection du consommateur dans les opérations de crédit*, Gazette du Palais. 1978, p. 556; BEY, El Moktar. *De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit - Loi n° 78-22, 10 janvier 1978*, JCP 1978, CI, Ét. et comment. 12845, p. 501; assim como o principal patrono do direito do consumidor CALAIS-AULOY, Jean. *Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs*. Recueil Dalloz, Chron., 1975. CALAIS-AULOY. *Le crédit à la consommation: suggestion en vue d'une intervention législative assurant la protection efficace du consommateur contre le dangers du prêt lié à la vente*. La semaine juridique: ed. G. Jurisprudence, Paris, Jurisclasseur, n. 18.109, 1975; GAVALDA, Christian. *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, Dalloz 1978, Chron. 36, p. 189; MOEREMANS, Daniel. *Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores (ley 24.240)*, La Ley 1997-E, 1267; PAISANT, Gilles et alii. *Le crédit à la consommation dans l'Union européenne: le droit communautaire*. In: *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation*, Lausanne: Cedidac, vol. 51, 2002. PIZZIO, Jean P. *La nullité du prêt bancaire finançant les ventes à crédit. État du droit positif et essai d'une solution nouvelle*, Juris-Classeur - JCP, éd. C.I., n. 12399, p. 185, 1997; RAMSAY, Iain. *Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 15, n. 2. 1995; RAMSAY, Iain. *Individual bankruptcy: preliminary findings of a socio-legal analysis*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 1/2, p. 15-82, 1999; RAMSAY, Iain. *The alternative consumer credit market and financial sector: regulatory issues and approaches*. In: *The Canadian Business Law Journal*, vol. 35, n. 3. 2001; bem como no Brasil Antonio Herman Benjamin tratou do cenário internacional da proteção do consumidor na América Latina, considerando os países mais pobres em: BENJAMIN, Antonio Herman V. *A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina*. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55. São Paulo, 2005.

¹⁸ Sobre o modelo de tratamento do superendividamento utilizado na França ver: BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LAYDNER, Patricia Antunes. *Código de Consumo Francês: tratamento das situações de superendividamento (parte legislativa)*. *Revista de Direito do Consumidor*. v.87. 2013; e

de renegociação em bloco com preservação do mínimo existencial¹⁹.

Neste contexto, dois atos acadêmicos podem referendar o início de uma discussão teórica que ultrapassou as margens doutrinárias para alcançar o viés

PAISANT, Gilles. El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores en Francia. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 89. 2013.

¹⁹ Nessa percepção, *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul* [Revista de Direito do Consumidor. nº 55. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005]; *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito* [MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 255 - 309]; *Algumas perguntas e respostas sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas* [Revista de Direito do Consumidor. nº 75. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010]; veja também LIMA, Clarissa Costa de; BERTONDELLO, Káren Rick Danilevicz; MARQUES, Claudia Lima. Anteprojeto de lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé. *Revista de Direito do Consumidor*. vol 73. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2010. Por iniciativa das duas últimas autoras mencionadas, na função de juízas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, implementaram no interior do estado do Rio Grande do Sul, a partir do resultado da pesquisa, projeto-piloto de conciliação voluntária do devedor de boa-fé com todos os seus credores. Este projeto piloto no ano de 2008 foi reconhecido com o prêmio INNOVARE da Magistratura e se expandiu por outras comarcas e Tribunais de Justiça no Brasil; repercutiu também novas práticas acadêmicas, com destaque a primeira parceria com o meio universitário ocorrida com a Universidade Franciscana e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca da cidade de Santa Maria, no ano de 2008. Esta iniciativa esta publicada e assim registrada em LIMA, Clarissa Costa e BERTONCELLO, Karen. D. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário* Rio de Janeiro: GZ, 2010. Em evolução aos estudos sobre o tema no Brasil, registra-se aqui, menção especial à primeira obra especializada no direito do consumidor endividado foi MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; e 10 anos depois a sequência em MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela; LIMA, Clarissa Costa de (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. O resgate histórico dos estudos que fomentam os desdobramentos do tema também precisa reconhecer homenagem às pioneiras teses de doutoramento defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por Clarissa Costa de Lima *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores* [tese com foco no direito de recomeçar dos consumidores pelo tratamento do superendividamento, analisando a possibilidade de perdão das dívidas na legislação francesa e americana] e por Káren Rick Danilevicz Bertonselcello *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial – casos concretos* [onde aborda de forma precisa o conceito de mínimo existencial a partir dos sistemas da Common Law e da Civil Law, com ênfase no direito francês e no direito norte-americano, tratando o consumidor superendividado a partir da sua hipervulnerabilidade social]. Ao exposto, as orientações de Claudia Lima Marques, a quem se deve registrar como a maior autoridade brasileira a tratar do tema na atualidade, permitindo-a contribuir com o estudo e aperfeiçoamento do direito do consumidor, com colaboração única e de forma especial à tutela dos consumidores superendividados, há notável designação de uma verdadeira Cátedra Claudia Lima Marques. Sobre parte da contribuição significativa ao direito brasileiro ver MARTINI, Sandra Regina; JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (orgs.). *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017, 526 p.

prático e propositivo com efeitos na sociedade para fins de alterar a realidade revelada nas pesquisas, com destaque: *i)* Anteprojeto de Lei sobre prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor pessoa física²⁰; e *ii)* criação do Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor.²¹ É de se constar que a base de dados do Observatório pontuou a proposta acadêmica que fomentou a iniciativa de aperfeiçoamento da legislação brasileira.

Em 2010, por Ato do Presidente do Senado Federal, Ato nº 308/2010²², foi instituída a Comissão de Juristas destinada a oferecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor, que culminou na redação do Anteprojeto que gerou o Projeto de Lei do Senado, PLS nº 283/2012. Ao longo do período de quase uma década - protocolo legislativo do PLS 283/2012, em 02 de agosto de 2012, no Senado Federal, aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados, em 04 de novembro de 2015, com substitutivo PL 3515/2015, que foi aprovado em 11 de maio de 2021 e novamente remetido ao Senado Federal como substi-

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen. O anteprojeto de lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 345-367.

²¹ O Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor, mantido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, visa diagnosticar os principais problemas na concessão do crédito, estimular trocas de experiências e a integração das políticas públicas e ações de prevenção e tratamento do superendividamento, bem como promover estudos de Direito Comparado a propósito do quadro normativo e jurídico internacional sobre a prevenção e tratamento do superendividamento, com o apoio do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ocsc/web/about/>. Acesso em: 17, de maio, 2021.

²² O Ato nº 308/2010, do Presidente do Senado Federal assim se pronunciava: O Presidente do Senado Federal, no desempenho de suas atribuições, e considerando que o vigente Código de Defesa do Consumidor acaba de completar vinte anos de vigência e que não tratou, de maneira adequada, da proteção do consumidor de crédito e do superendividamento, resolve: Art. 1º Instituir Comissão de Juristas com a finalidade de apresentar, no prazo de cento e oitenta dias, contados a partir do dia 15 de dezembro de 2010, anteprojeto de aperfeiçoamento de Código de Defesa do Consumidor, no que se refere ao crédito e ao superendividamento dos consumidores. Parágrafo único. A Comissão de Juristas poderá, a seu critério, apresentar sugestões de atualização de outras matérias do Código de Defesa do Consumidor. Art. 2º A Comissão de Juristas prevista no art. 1º será presidida pelo Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, e terá a seguinte composição: I – Ada Pellegrini Grinover; II – Claudia Lima Marques, como relatora-geral dos trabalhos; III – Leonardo Roscoe Bessa; IV – Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Art. 3º A participação da referida Comissão de Juristas não será remunerada a nenhum título, constituindo serviço público relevante prestado ao Senado Federal. Art. 4º As despesas logísticas necessárias ao funcionamento da Comissão serão custeadas pelo Senado Federal, incluindo transporte, hospedagem, organização de eventos, publicações e outras similares. Parágrafo único. Serão reservados, na mesma rubrica orçamentária destinada às comissões temporárias especiais, os recursos necessários ao custeio das despesas de que trata o caput deste artigo. Art. 5º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, 30 de novembro de 2010. Senador José Sarney. Publicado no BAP 4596, de 02/12/2010. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ocsc/mirror/39a1b2cc21ddb742c834ed08b1fcf3f7/15.pdf>. Acesso em 17, de maio, de 2021. A Comissão contou com a adesão do professor Kazuo Watanabe.

tutivo no PL 1805/2021, com aprovação em 09 de junho, de 2021; foi sancionada a Lei nº 14.181, de 01 de julho do mesmo ano.²³ - pontua-se o crescente índice

²³ Altera (atualiza) 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, e a Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997 (Serviços de protesto de títulos e outros documentos de dívida). A sanção da Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, representa além da atualização do Código de Defesa do Consumidor, por trazer em si um novo paradigma de proteção aos consumidores. Instrumento de cidadania e esperança aos superendividados, uma lei que faz do Código de Defesa do Consumidor, 30 anos depois, um super Código, remodelado aos anseios de uma sociedade de consumidores endividados. É o coroamento de uma nova era, de um Código que não adormeceu em seu tempo, mostra-se ainda atento às principais questões do mercado e renova-se, atualiza-se para atender a previsão que se tornou insuficiente frente à oferta e o consumo de crédito. Em que pese os vetos ao texto aprovado pelo Senado Federal, trata-se de uma grande conquista, diria que a maior desde a publicação do Código de Defesa do Consumidor. Em justificativa aos vetos, a manifestação que orientou a Presidência da República tem origem no Ministério da Economia, que optou pelo entendimento de ceifar o inciso XIX do art. 51, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º do Projeto de Lei “XIX - prevejam a aplicação de lei estrangeira que limite, total ou parcialmente, a proteção assegurada por este Código ao consumidor domiciliado no Brasil.” Alegando que “contrariaria interesse público tendo em vista que restringiria a competitividade, prejudicando o aumento de produtividade do País, ao restringir de forma direta o conjunto de opções dos consumidores brasileiros, especialmente quanto à prestação de serviços de empresas domiciliadas no exterior a consumidores domiciliados no Brasil, o que implicaria restrição de acesso a serviços e produtos internacionais.” Assim como o inciso I, do caput e parágrafo único do art. 54-C, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º do Projeto de Lei “I - fazer referência a crédito ‘sem juros’, ‘gratuito’, ‘sem acréscimo’ ou com ‘taxa zero’ ou a expressão de sentido ou entendimento semelhante; Parágrafo único. O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica à oferta de produto ou serviço para pagamento por meio de cartão de crédito.” Tendo como razões do veto que “o mercado pode e deve oferecer crédito nas modalidades, nos prazos e com os custos que entender adequados, com adaptação natural aos diversos tipos de tomadores, e a Lei não deve operar para vedar a oferta de crédito em condições específicas, desde que haja regularidade em sua concessão, pois o dispositivo não afastaria a oferta das modalidades de crédito referidas, entretanto, limitaria as condições concorrenciais nos mercados.” Por fim, foi também vetado o art. 54-E, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º e art. 4º do Projeto de Lei “Art. 54-E. Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal, assim definida em legislação especial, podendo o limite ser acrescido em 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou a saque por meio de cartão de crédito. Pelas razões do veto em que “o limite da margem de crédito já anteriormente definida pela Lei nº 14.131, de 30 de março de 2021, que estabeleceu o percentual máximo de consignação em quarenta por cento, dos quais cinco por cento seriam destinados exclusivamente para amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou de utilização com finalidade de saque por meio do cartão de crédito. Assim, a restrição generalizada do limite de margem de crédito consignado reduziria a capacidade de o beneficiário acessar modalidade de crédito, cujas taxas de juros são, devido à robustez da garantia, inferiores a outras modalidades. A restrição acabaria, assim, por forçar o consumidor a assumir dívidas mais custosas e de maior dificuldade de pagamento. Ademais, em qualquer negócio que envolva a consignação em folha de pagamento,

do superendividamento do brasileiro, que já via como urgente sua regulamentação e restou, em maior evidência, diante da Pandemia da Covid-19²⁴.

Neste cenário, o Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor, junto ao Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização, apresentou Manifestação Técnica pela Tramitação e Aprovação do Projeto de Lei nº 3515/2015, que foi acolhida pelas entidades²⁵ de defesa do consumidor em favor à urgência da aprovação.

A manifestação partiu das considerações referentes a conciliação em bloco das dívidas dos consumidores de 6.165 superendividados,²⁶ que negociaram

seja no âmbito das relações trabalhistas ou fora delas a informação sobre a existência de margem consignável é da fonte pagadora.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-314.htm. Acesso 10 de julho, de 2021.

²⁴ O percentual de famílias com dívidas no país subiu para 67,5% em agosto – novo recorde histórico da série iniciada em janeiro de 2010, superando a máxima anterior registrada em julho (67,4%). Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo em 2020. No ano de 2021 o número de famílias com dívidas no país alcançou, no mês de abril, o índice de 67,5% do total de entrevistados na Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, uma alta de 0,2 ponto porcentual (p.p.) em relação a março de 2021. A modalidade responsável pela maior parte do endividamento é o cartão de crédito. Em abril, 80,9% das famílias com dívidas recorreram a essa modalidade, recorde histórico. No estado de São Paulo, oito em cada dez famílias paulistanas possuem dívida, são os dados de abril de 2021, o que indica 78,9% famílias paulistanas possuem alguma dívida (como a do cartão de crédito). Também é o maior número de lares endividados no cartão de crédito, na capital, desde novembro de 2019, quando ficou em 75,5%. O percentual de lares endividados na cidade, que atingiu a marca de 61,7% em abril – o maior desde o mesmo mês do ano de 2020, quando estava em 63,7%. A taxa ficou abaixo dos 60% entre junho de 2020 e fevereiro de 2021. Em números absolutos, são 2.452 milhões de pessoas com dívidas na capital paulista. Registra-se que o objetivo da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC) é diagnosticar o nível de endividamento e inadimplência do consumidor. Das informações coletadas são apurados importantes indicadores: nível de endividamento, percentual de inadimplentes, intenção de pagar dívidas em atraso e nível de comprometimento da renda. Ver <https://www.fecomercio.com.br/pesquisas/indice/peic>. Acesso em 31, de maio, de 2021.

²⁵ Veja a atuação destacada da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON); Comissão das Defensorias Públicas do Consumido (CONDEGE); Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Fórum Nacional das Entidades Cívicas de Defesa do Consumidor (FNECDC); Associação Brasileira de PROCONs (PROCONSBASIL); Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC); e Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON); que acolheram a Manifestação Técnica em favor do Projeto de Lei nº 3515/2015 elaborada pelo O *Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor*, mantido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com o intuito de diagnosticar os principais problemas na concessão do crédito, estimular trocas de experiências e a integração das políticas públicas e ações de prevenção e tratamento do superendividamento, junto ao *Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização*, ambos com coordenação da professora Claudia Lima Marques. MARQUES, Claudia Lima; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Manifestação Técnica em favor do Projeto de Lei de Prevenção e Tratamento do Superendividamento do consumidor brasileiro: um decálogo para aprovação do PL 3515/2015. *Revista de Direito do Consumidor*. nº127. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. Dados da pesquisa em-

em bloco com os seus 15.942 credores de forma para-judicial²⁷. Os dados da pesquisa demonstram que o superendividamento atinge os mais pobres (93,8% ganham até 5 salários mínimos, 81,7% ganham até 3 salários mínimos, 13,5% ganha menos de um salário mínimo e apenas 1,2% destes consumidores ganha mais de 10 salários por mês), os quais não conseguem renegociar sozinho (76,4% tentaram renegociar com os fornecedores), em especial, o grande número que são idosos (18,5% são maiores de 60 anos e 1% maiores de 80 anos, quando na população são apenas 11%)²⁸, pessoas que são arrimo de família (com 1 a 3 dependentes);²⁹

A pesquisa demonstra empiricamente que estas pessoas estão de boa-fé e desejam saldar suas dívidas, que tem origem em um acidente da vida (76,1% sofreu um imprevisto, como redução de renda-26,8%- , desemprego-23%- , doença familiar ou pessoal-18,1%- , divórcio/separação -4,8%- e morte na família -2,5%) e limpar seus nomes (95,4% não tem qualquer processo judicial e 90,2% não estava em bancos de dados negativos, como SPC, SERASA CADIN antes da referida dívida), querendo evoluir da ‘cultura da dívida’ e da ‘exclusão’ da sociedade de consumo (72,5% já estão nos cadastros negativos e com isso tem dificuldades até para conseguir emprego) para uma cultura do pagamento,³⁰ com um plano de pagamento que permita manter seu mínimo existencial³¹ e sustentar sua família (40,9% são solteiros os demais são casados, viúvos, divorciados ou com companheiros) e pagar os menores credores primeiro, depois os maiores,

pírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre nos anos de 2007 a 2012 e notícia sobre o Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS-MJ. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99. 2015; MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.

²⁷ LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto Conciliar é Legal (CNJ): projeto piloto Tratamento das situações de superendividamento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol 63. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007; LIMA, Clarissa Costa de.; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudos de casos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

²⁸ MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46-87.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, Idosos e o Superendividamento dos Consumidores: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393-423.

³⁰ LIMA, Clarissa Costa e BERTONCELLO, Karen. D. *Superendividamento aplicado*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 269.

³¹ BERTONCELLO, Karen D. Identificando o mínimo existencial: proposições de concreção em casos de superendividamento do consumidor, Tese de Doutorado UFRGS (Porto Alegre), 2015. In: BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor - mínimo existencial - casos concretos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

apesar do crédito consignado ou diretamente descontado em sua pensão, aposentadoria ou conta-salário (80,3% dos casos), permitindo assim com esta conciliação retirar seu nome dos cadastros negativos³² e quitar sua dívida com todos os credores.³³

Ainda apontou a Manifestação em que o Banco Mundial³⁴ reforça a importância de todos os países, especialmente os com menor educação financeira³⁵ e com menor empreendedorismo da população,³⁶ legislarem sobre superendividamento dos consumidores pessoas físicas,³⁷ de forma a evitarem o risco sistêmico de uma ‘falência’ em massa de consumidores em seus mercados, uma das causas da crise financeira mundial nascida nos EUA, com a ‘falência’³⁸ em massa dos consumidores de crédito *subprime* e de hipotecas.³⁹ É de se considerar também a análise realizada com a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC), da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), que além de traçar um perfil do endividamento, permite o acompanhamento do nível de comprometimento do consumidor com dívidas e

³² Os casos estão em: MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen D. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas* 1, Brasília, DPDC/SDE, 2010.

³³ Os casos estão em: MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores, in MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁴ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Notas sobre as Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física. In: *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁵ Sobre o tema MARQUES, Claudia Lima, Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: STOCO, Rui. (Org.). *Doutrinas essenciais: dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 973-1023.

³⁶ Veja CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super) endividamento: (des)encontros entre a dignidade e a esperança, in MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-202.

³⁷ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.

³⁸ BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Breves linhas sobre o estudo comparado de procedimentos de falência dos consumidores: França, Estados Unidos da América e Anteprojeto de lei no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v.83. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

³⁹ Neste sentido, NEFH, James. Preventing another financial crisis: The critical role of Consumer Protection Laws. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; e RAMSAY, Iain e WILLIAMS, Toni. Anotações acerca dos contornos nacionais, regionais e internacionais da proteção financeira dos consumidores após a Grande Recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

sua percepção em relação à capacidade de pagamento. O percentual de famílias com dívidas é crescente.⁴⁰

Ao contexto é inegável o aumento da importância do crédito ao consumidor e, além dos efeitos neste, à economia brasileira. Os indicadores permitem analisar a capacidade de endividamento e de consumo futuro, junto às questões que envolvem a responsabilidade pela concessão de crédito, a ausência de critérios, os juros desmedidos, o que assola o consumidor brasileiro em uma evidente morte do *homo economicus*, ou seja, a falência da pessoa física.

Os dados do Sistema de Informações de Crédito (SCR) presentes no Relatório de Economia Bancária⁴¹ indicam que a investigação de vários aspectos envolvidos na reestruturação de dívidas constitui um valioso insumo para entender o comportamento do consumidor em momentos de dificuldade de pagamento. São informações que podem estruturar políticas (também públicas) de oferta responsável de crédito. O Relatório de Estabilidade Financeira do Banco Central do Brasil⁴² menciona que a reestruturação financeira passa pela renegociação, com a percepção de instrumentos aptos a habilitar o consumidor a saldar a dívida, seja nos contratos financeiros originais ou em novos termos. Resta observar que as renegociações não devem se tornar impagáveis ou se eternizem na vida dos consumidores, uma verdadeira dí(vida).

Da mesma forma, o Instituto do Capitalismo Humanista e a Ordem dos Economistas do Brasil, em estudo sobre perspectivas de ganho macroeconômico com a aprovação do projeto de lei, estimam a disponibilidade de dinheiro privado fomentando a economia brasileira. Posicionam-se, ainda, pela aprovação

⁴⁰ O percentual de 62,7% das famílias brasileiras em condição de endividamento é expressivo o aumento se comparado ao ano de 2018, sendo que o percentual de famílias inadimplentes, com dívidas ou contas em atraso, também aumentou em abril, comparado ao mês anterior, passando de 23,4% para 23,9%. Observa-se que 72,4% dos brasileiros possuem cartão de crédito, havendo 153,4 milhões de cartões de crédito no Brasil, mesmo diante do superendividamento crescente, em 2018, o segmento cresceu 13,6%. Além do exposto, os dados do endividamento aumentam consideravelmente, é contraditório que o lucro líquido dos quatro maiores bancos de capital aberto no Brasil em 2018 tenha sido de R\$73 bilhões, o que permite constatar o crescimento de 12,3% no rendimento das instituições financeiras comparando os anos de 2017 e 2018. O número de famílias que declararam não ter condições de pagar suas contas ou dívidas em atraso também aumentou na comparação mensal e o cartão de crédito foi apontado em primeiro lugar como um dos principais tipos de dívida, correspondente a 77,6% das famílias endividadas. Os dados divulgados pelo Banco de Compensações Internacionais (BIS) e o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ao mostrar a composição do endividamento dos brasileiros, identifica que o Brasil tem o dobro de comprometimento de renda diante dos países desenvolvidos - no Brasil o comprometimento da renda com pagamento de juros e amortizações é o dobro da média registrada em 17 países desenvolvidos, 12 deles europeus, além de Estados Unidos, Canadá, Austrália, Japão e Coreia do Sul, que têm média de 9,8%, no Brasil é de 20%. Disponível em: <https://www.fecomercio.br/servicos/pesquisas/endividamento-inadimplencia-consumidor/>. Acesso 31, de maio, de 2021.

⁴¹ Podem ser encontrados em https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf.

⁴² Podem ser encontrados em https://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2018_10/refPub.pdf.

urgente pois se trata de uma alternativa criativa para incentivar, em curto prazo, a retomada do crescimento da economia.⁴³ A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em nota de apoio, destacou o processo de recuperação do consumidor superendividado e sua reinserção no mercado de consumo como “algo fundamental para o reaquecimento da economia nacional no pós-crise”.⁴⁴ É de se registrar que um grande levante foi feito no país para a retomada da tramitação e aprovação do PL 3515/2015 na Câmara dos Deputados. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, por todos os órgãos e instituições que o compõe, de forma unânime o trata como “marco legal imprescindível diante da lacuna na legislação nacional sobre a proteção financeira do consumidor e do superendividado, por meio de regulamentação equilibrada e sistêmica e harmonizada com as melhores práticas internacionais e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.”⁴⁵

3 O cenário de proteção aos consumidores superendividados e o papel da advocacia

Sobre a necessidade de aperfeiçoar as relações de consumo de crédito no Brasil, e se fazer isso por meio da atualização do Código de Defesa do Consumidor não restam dúvidas. É a condição necessária para implementar, com a vigência da Lei 14.181/2021, os seguintes pontos de avanço à legislação nacional:

⁴³ GARCIA, Manuel Enríquez; SAYEG, Ricardo. Parecer Técnico Econômico sobre os Efeitos Macroeconômicos do PL 3515/15. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 130. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020, p. 451-460.

⁴⁴ Associação dos Magistrados Brasileiros. Nota de Apoio. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/07/AMB_Nota-de-Apoio_PL-3515-2015.pdf. Acesso em: 15, de maio, de 2021.

⁴⁵ Assim registrou a Nota Técnica, nº 3/2020/CGARI/GAB-SENACON/SENACON/MJ, o tema do tratamento do superendividamento é um dos mais caros aos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SDNC), pois se refere à subsistência dos consumidores enquanto participantes do mercado de consumo. São diversas as manifestações conjuntas realizadas e documentos conjuntos produzidos, destacando-se: Manifestação pela Tramitação e Aprovação do PL, do MPCON; Ato em Defesa da Aprovação do Projeto de Lei 3.515/2015, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Ofício Conjunto OF/MPCON/Nº. 013/2020, de 10 de junho de 2020; Parecer Técnico Econômico sobre os efeitos macroeconômicos do PL 3515/15 dos Professores Manuel Enriquez Garcia, USP, Presidente da Ordem dos Economistas do Brasil e Ricardo Sayeg, PUC-SP, Presidente do Instituto Capitalismo Humanista. Apoio a se destacar da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON), a Associação Brasileira de PROCONS (PROCONSBRASIL), o Fórum Nacional das Entidades Civis de Defesa do Consumidor (FNECDC), a Comissão Especial de Defesa dos Direitos do Consumidor do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais junto ao CONDEGE e a Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Notas_T%C3%A9cnicas/SEI_MJ_-_11961716_-_Nota_T%C3%A9cnica_3_2020.pdf. Acesso em 15, de maio, de 2021.

I) *Aos princípios gerais da Política Nacional das Relações de Consumo*: a) educação financeira e ambiental dos consumidores; b) prevenção e tratamento do superendividamento; II) *Aos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo*: a) mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento; b) núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento; III) *Aos Direitos Básicos*: a) práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento; b) preservação do mínimo existencial; c) revisão e repactuação da dívida; d) preservação do mínimo existencial; IV) *Às cláusulas abusivas*: a) dificultar o acesso ao judiciário; b) impor prazos de carência; c) prever aplicação de lei estrangeira que limite direitos; V) *Para prevenção e ao tratamento do superendividamento*:⁴⁶ a) conceito de superendividamento; b) dívidas excluídas

⁴⁶ Ênfase à prevenção nos dispositivos que seguem: Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor. § 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. § 2º As dívidas de que trata o § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada. § 3º Não se aplica o disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de bens e serviços de luxo de alto valor. Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias; IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor. § 1º As informações referidas no art. 52 deste Código e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor. § 2º Para efeitos deste Código, o custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro. § 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37 deste Código, a oferta de crédito ao consumidor e a oferta de venda a prazo, ou a fatura mensal, conforme o caso, devem indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento. Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: I - fazer referência a crédito 'sem juros', 'gratuito', 'sem acréscimo', com 'taxa zero' ou a expressão de sentido ou entendimento semelhante (destaque ao inciso vetado); II - 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; III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou

se a contratação envolver prêmio; V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais. *Parágrafo único.* O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica à oferta de produto ou serviço para pagamento por meio de cartão de crédito (destaque ao texto vetado) Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário deve, entre outras condutas: I – informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B deste Código, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II - avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito. *Parágrafo único.* O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo e nos arts. 52 e 54-C deste Código poderá acarretar judicialmente a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor. Art. 54-E. *Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal, assim definida em legislação especial, podendo o limite ser acrescido em 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou a saque por meio de cartão de crédito.* § 1º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata à revisão do contrato ou à sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, de forma cumulada ou alternada, as seguintes medidas: I - dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no caput deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor; II - redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor; III - constituição, consolidação ou substituição de garantias. § 2º O consumidor poderá desistir, em 7 (sete) dias, da contratação de crédito consignado de que trata o caput deste artigo, a contar da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, sem necessidade de indicar o motivo, ficando a eficácia da rescisão suspensa até que haja a devolução ao fornecedor do crédito do valor total financiado ou concedido que tiver sido entregue, acrescido de eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução e de tributos, e deverá: I - remeter ao fornecedor ou ao intermediário do crédito, no prazo previsto neste parágrafo, o formulário de que trata o § 4º deste artigo, por carta ou qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônico, com registro de envio e de recebimento; e II - devolver o valor indicado no § 2º deste artigo em até 1 (um) dia útil contado da data em que o consumidor tiver sido informado sobre a forma da devolução e o montante a devolver. § 3º Não será devida pelo fornecedor a devolução de eventuais tarifas pagas pelo consumidor em razão dos serviços prestados. § 4º O fornecedor facilitará o exercício do direito previsto no § 2º deste artigo mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato, com todos os dados relativos à identificação do fornecedor e do contrato, e mediante indicação da forma de devolução das quantias. § 5º O disposto no § 1º deste artigo não se aplica quando o consumidor houver apresentado informações incorretas. § 6º O limite previsto no caput deste artigo poderá ser excepcionado no caso de repactuação de dívidas que possibilite a redução do custo efetivo total inicialmente contratado pelo consumidor e desde que essa repactuação seja submetida à aprovação do Poder Judiciário (destaque ao texto vetado). Art. 54-F. São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o

da negociação; c) dever de informação; d) regras de publicidade; e) assédio de consumo; f) dever de aconselhamento; g) consignação máxima para folha de pagamento; h) conexão contratual; VI) *Para conciliação no superendividamento*: a) processo administrativo ou judicial conciliatório de repactuação de dívidas; b) audiência conciliatória com negociação em bloco; c) plano de pagamento; d) mínimo existencial; e) processo judicial de repactuação de dívida por superendividamento para revisão, integração de contratos e pagamento; f) plano judicial compulsório.

financiamento, quando o fornecedor de crédito: I - recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito; II - oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado. § 1º O exercício do direito de arrependimento nas hipóteses previstas neste Código, no contrato principal ou no contrato de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo. § 2º Nos casos dos incisos I e II do caput deste artigo, se houver inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produto ou serviço, o consumidor poderá requerer a rescisão do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito. § 3º O direito previsto no § 2º deste artigo caberá igualmente ao consumidor: I - contra o portador de cheque pós-datado emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo; II - contra o administrador ou o emitente de cartão de crédito ou similar quando o cartão de crédito ou similar e o produto ou serviço forem fornecidos pelo mesmo fornecedor ou por entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico. § 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do caput deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores entregues, inclusive relativamente a tributos. Art. 54-G. Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, entre outras condutas: I - realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos 10 (dez) dias contados da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte e assegurado ao consumidor o direito de deduzir do total da fatura o valor em disputa e efetuar o pagamento da parte não contestada, podendo o emissor lançar como crédito em confiança o valor idêntico ao da transação contestada que tenha sido cobrada, enquanto não encerrada a apuração da contestação; II - recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato; III - impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos. § 1º Sem prejuízo do dever de informação e esclarecimento do consumidor e de entrega da minuta do contrato, no empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega da cópia do contrato ou do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável. § 2º Nos contratos de adesão, deve o fornecedor, previamente, prestar ao consumidor as informações de que tratam o art. 52 e o caput do art. 54-B deste Código, além de outras porventura determinadas na legislação em vigor, e fica obrigado a entregar ao consumidor cópia do contrato, após a sua conclusão.

A base principiológica (artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor) ao estabelecer para Política Nacional das Relações de Consumo o objetivo de atender as necessidades dos consumidores - respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo; o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a necessidade de ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, pela presença do Estado (também Estado-Legislator), a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores e o estudo constante das modificações do mercado de consumo - tem os subsídios necessários para dar ênfase aos 6 eixos aqui identificados na versão do PL 1805/2021, como perspectiva de futuro: I) novos princípios gerais da Política Nacional das Relações de Consumo⁴⁷; II) novos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo⁴⁸; V) novos direitos básicos⁴⁹; IV) novas cláusulas abusivas⁵⁰; V) medidas de prevenção e tratamento do superendividamento; VI) conciliação no superendividamento.⁵¹

⁴⁷ Art. 4º (...) IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores; X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

⁴⁸ Art. 5º (...) VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

⁴⁹ 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, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da 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; XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.

⁵⁰ Art. 51 (...) XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores; XIX - prevejam a aplicação de lei estrangeira que limite, total ou parcialmente, a proteção assegurada por este Código ao consumidor domiciliado no Brasil. Este último vetado, com apego à razão de que “a propositura legislativa estabelece que seriam nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de serviços e produtos que previsses a aplicação de lei estrangeira que limitasse, total ou parcialmente, a proteção assegurada por este Código. Entretanto, apesar da boa intenção do legislador, a propositura contrariaria interesse público tendo em vista que restringiria a competitividade, prejudicando o aumento de produtividade do País, ao restringir de forma direta o conjunto de opções dos consumidores brasileiros, especialmente quanto à prestação de serviços de empresas domiciliadas no exterior a consumidores domiciliados no Brasil, o que implicaria restrição de acesso a serviços e produtos internacionais. Em virtude de a oferta de serviços e de produtos ser realizada em escala global, principalmente, por meio da internet, é impraticável que empresas no exterior conheçam e se adequem às normas consumeristas nacionais.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-314.htm. Acesso 10 de julho, de 2021.

⁵¹ 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. § 1º Excluem-se do processo de repactuação as dívidas, ainda que decorrentes de relações de consumo, oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural. § 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória. § 3º No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida e terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada. § 4º Constarão do plano de pagamento referido no § 3º deste artigo: I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida; II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso; III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes; IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento. § 5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importará em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) nos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação. Art. 104-B. Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado. § 1º Serão considerados no processo por superendividamento, se for o caso, os documentos e as informações prestadas em audiência. § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, os credores citados juntarão documentos e as razões da negativa de aceder ao plano voluntário ou de renegociar. § 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos. § 4º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida, após a quitação do plano de pagamento consensual previsto no art. 104-A deste Código, em, no máximo, 5 (cinco) anos, e a primeira parcela será devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo será devido em parcelas mensais iguais e sucessivas. Art. 104-C. Compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A deste Código, no que couber, com possibilidade de o processo ser regulado por convênios específicos celebrados entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações. 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. § 2º O acordo firmado perante os órgãos públicos de defesa do consumidor, em caso de superendividamento do consumidor pessoa natural, incluirá a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados

Assim, a atualização do Código de Defesa do Consumidor surge por meio da Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021. É de se considerar que desde a publicação do Código, em 1990, é o momento mais significativo do direito do consumidor brasileiro. Consolida-se uma prática acadêmica a partir de uma base teórica sólida, que estruturou a iniciativa legislativa e chegou à uma renovação cidadã. Tem-se um primeiro e estimado ganho que está na atualização da norma protetiva, tutela de prevenção. Os próximos passos exigem a implementação por meio de uma tutela de proteção, que reverbere em uma tutela de tratamento. Um tempo tomado por uma economia do cuidado, crédito responsável, com desejo de se estabelecer uma cultura do pagamento. Para tanto, novas diretrizes, valores e princípios sustentam instituições e instrumentos para proteção dos consumidores (super)endividados.

Ao tratamento do superendividamento, de modo especial o art. 104-A, restou a previsão que mediante requerimento do consumidor ao Poder Judiciário ou em competência administrativa concorrente (art. 104-C) será instaurado processo de repactuação de dívidas, com objetivo de realizar audiência conciliatória, para negociação em bloco com todos os credores existentes. Neste caso, o consumidor apresenta de forma preliminar e voluntária um plano de pagamento, com prazo máximo de 5 (cinco) anos, em atenção ao mínimo existencial.

O art. 104-B, no mesmo sentido de cuidar do tratamento ao consumidor superendividado, apresenta a segunda fase, pós conciliatória, no caso de não lograr êxito na negociação em bloco com algum dos credores. Neste momento, o consumidor em petição direcionada ao Poder Judiciário ajuíza ação por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório.

É neste sentido que o advogado tem importante papel, seja na fase de prevenção com orientação, consultoria, *compliance* aos credores ou na fase de tratamento no intuito de repactuação da dívida. Este ponto abordará o importante protagonismo a ser desenvolvido pelo advogado na fase judicial para cumprir a efetividade da Lei 14.181/2021.

Em lição preliminar, a petição inicial da ação por superendividamento terá: I) causa de pedir: a) cronologia e forma da concessão do crédito; b) eventual vício de consentimento; c) comprometimento do mínimo existencial, com a descrição das despesas básicas de sobrevivência; d) efeitos da exclusão social, atingindo a vulnerabilidade do consumidor; e) acordo inexitoso na forma do art. 104-A ou art. 104-C; II) fundamentação: após superada a fase conciliatória prevista no art. 104-A e art. 104-C, com menção ao art. 54-A, § 1º (conceito de superendividamento); art. 6º, XI, no sentido de garantir a prevenção do mínimo

e de cadastros de inadimplentes, bem como o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

existencial, por meio da revisão e da repactuação da dívida; o art. 104-B, que assegura revisão e integração dos contratos e repactuação das remanescentes mediante plano judicial compulsório e demais fundamentações diante de eventual vício de consentimento; III) Plano Preliminar e Voluntário de Pagamento: com fundamento no art. 104-C, § 4º, deverá constar uma sugestão de plano de pagamento para que o juízo determine como compulsório, sendo o caso, atendendo os objetivos de a) garantir o pagamento, no mínimo, do valor do principal devido, corrigido monetariamente; b) prever a liquidação total da dívida, após a quitação do Plano de Pagamento Consensual, no máximo em 5 anos; e c) pagar a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 dias, contado na homologação judicial do Plano de Pagamento Compulsório; e IV) Pedido: a) quanto ao procedimento: requerimento de justiça gratuita; recebimento da ação com citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo da fase conciliatória, para no prazo de quinze dias, justificar a negativa de composição voluntária; e b) quanto ao Plano Compulsório: para em sentença constitutiva decretar a revisão e integração dos contratos com a repactuação das dívidas remanescentes.⁵²

Neste sentido, o consumidor que ajuizar ação por superendividamento, com a necessidade de capacidade postulatória de advogado, atribui o protagonismo de bem administrar a ação a este. A petição inicial, peça processual condutora da ação, tem que obedecer não só os requisitos procedimentais, mas o mérito específico, posto pela atualização do Código de Defesa do Consumidor em cuidado à apresentação do plano de pagamento e à preservação do mínimo existencial, que surge como nova base principiológica.

Ainda aos princípios a plicados ao superendividamento é de se ressaltar que o princípio da vulnerabilidade é percepção mensurável diante das consequências humanas que as dívidas proporcionam, de modo especial aos consumidores idosos. O princípio da solidariedade no direito privado representa “o efeito de ampliar o âmbito de eficácia do contrato”⁵³ o que vai além das partes da relação. Assim, não há aproximação mais precisa da aplicabilidade do princípio do que ao contexto do superendividamento, notadamente seus efeitos transcendem os contratantes e afetam um campo generalizado a se perceber pela economia nacional.

O princípio da boa-fé tem sua máxima na boa-fé objetiva, condição essencial aos negócios jurídicos *lato sensu* e, por certo, às relações jurídicas de

⁵² Estrutura da petição inicial na ação por superendividamento, apresentada ao XIV Congresso Estadual da Magistratura do Rio Grande do Sul, em 11 de agosto de 2021, com autoria da Profª Karen Bertoncello, Prof. Vitor Hugo do Amaral Ferreira, das acadêmicas Denise Seghesio e Bibiana Palatino, IMED/POA.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.213

consumo. Para aplicação à tutela dos consumidores superendividados, a previsão do dever de aconselhamento fortalece a confiança que simboliza cuidado, e permite o fortalecimento de uma economia do cuidado. O princípio do equilíbrio é de fundamental aplicabilidade por ser elementar à equidade econômica das prestações do contrato de consumo.

Os dois últimos princípios a se comentar têm relevância peculiar ao fenômeno do superendividamento e o tratamento que queira dar a ele. O princípio da intervenção do estado, teve seu momento Estado-legislativo e Estado-executivo quando da sanção, tendo a partir de então campo aberto para incidência. Por fim, desde a iniciativa que nomeou a Comissão de Juristas responsável pelo embrião que deu origem ao PLS 283/2012; passando pelo substitutivo PL 3515/2015, que em lenta tramitação voltou ao Senado Federal sob o PL 1805/2021; a efetividade é elemento de análise constante. Maior será a insurgência do princípio da efetividade após a Lei nº 14.181/2021 ter atualizado o Código de Defesa do Consumidor, para construção de uma futura efetividade da tutela legal em uma efetividade de prevenção, com efetividade de proteção para uma efetividade de tratamento, ou seja, garantir a implementação adequada e aplicação coerente de um direito do consumidor efetivo, tendo entre os agentes, protagonistas deste processo, a comunidade jurídica como um todo e a advocacia de forma especial.

Conclusão

A história do crédito passa pela negação que a religião trouxe, pela utilização para produção, depois ao consumo, e na contemporaneidade associa-se ao superendividamento. No Brasil, as primeiras pesquisas acadêmicas sobre o tema reverberam no Anteprojeto de Lei sobre prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor pessoa física; e na criação do Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A Lei 14.181/2021, além da atualização do Código de Defesa do Consumidor, é o momento mais significativo para defesa do consumidor brasileiro desde a aprovação do Código em 1990. Reconhece-se o avanço à legislação nacional diante dos *princípios da* educação financeira e ambiental dos consumidores; e da prevenção e tratamento do superendividamento; dos mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento; dos núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento; dos novos *direitos básicos*; da ampliação das *cláusulas abusivas*; e da *prevenção e tratamento do superendividamento*.

Desde a iniciativa que nomeou a Comissão de Juristas responsável pelo PLS 283/2012 se instaurou uma grande expectativa com a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Expectativa renovada a partir da vigência da Lei

14.181/2021, mais do que nunca as dimensões da efetividade devem se fazer presentes para construção de uma tutela legal efetiva de prevenção, proteção e tratamento. A advocacia, assim como toda a comunidade jurídica, tem o compromisso de garantir a implementação adequada e a aplicação coerente de um direito ao consumidor superendividado de recomeçar, salvaguardado o mínimo existencial e evitando as mazelas da vulnerabilidade diante da exclusão social.

Referências

AUGUSTO, André Guimarães. As origens do dinheiro: abordagem ontogenética e abordagem histórico. *Revista de Economia*, v. 37, n. 3 (ano 35), p. 7-21. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná. 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13-14. 1993.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor - mínimo existencial - casos concretos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Breves linhas sobre o estudo comparado de procedimentos de falência dos consumidores: França, Estados Unidos da América e Anteprojeto de lei no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v.83, p. 113-140. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LAYDNER, Patricia Antunes. Código de Consumo Francês: tratamento das situações de superendividamento (parte legislativa). *Revista de Direito do Consumidor*. v.87, p. 113-136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEY, El Moktar. *De l'information et de la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit - Loi n° 78-22, 10 janvier 1978*, JCP 1978.

CALAIS-AULOY, Jean. *Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour les consommateurs*. Recueil Dalloz, Chron., 1975.

CALAIS-AULOY. *Le crédit à la consommation: suggestion en vue d'une intervention législative assurant la protection efficace du consommateur contre le dangers du prêt lié à la vente*. La semaine juridique: ed. G. Jurisprudence, Paris, Jurisclasseur, n. 18.109, 1975

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Consumo(mismo) e (super)endividamento: (des)encontros entre a dignidade e a esperança, in MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. (Org.). *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-202.

CARVALHO, Jorge Morais. *Direito do Consumo em Tempos de Pandemia – O Efeito das Crises no Nível de Proteção dos Consumidores*. 2020. Disponível em: <https://observatorio.>

almedina.net/index.php/2020/04/09/direito-do-consumo-em-tempos-de-pandemia-o-efeito-das-criises-no-nivel-de-protecao-dos-consumidores/. Acesso em 17, de maio de 2021.

GAVALDA, Christian. *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, Dalloz 1978.

GELPI, Rosa Maria; LABRUYÈRE, François Julien. *História do crédito ao consumo*. Carlos Peres Sebastião e Silva (trad.) São João do Estoril-Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2000.

LIMA, Clarissa Costa de. BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Adesão ao projeto Conciliar é Legal (CNJ): projeto piloto Tratamento das situações de superendividamento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol 63, p. 173-201. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

LIMA, Clarissa Costa de.; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudos de casos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71, p. 106-141. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento Aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Gz Editora. 2010.

LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Karen. D. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário* Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARQUES, Claudia Lima, Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. In: STOCO, Rui. (Org.). *Doutrinas essenciais: dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 973-1023.

MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate. (Org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46-87.

MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores. 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, p. 265-290, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, Idosos e o Superendividamento dos Consumidores: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 393-423.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55, p. 11-52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 55, p. 11-52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 255 – 309.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. (Org.). *Direitos do Consumidor endividado: Superendividamento e Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 255-309.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela; LIMA, Clarissa Costa de (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Manifestação Técnica em favor do Projeto de Lei de Prevenção e Tratamento do Superendividamento do consumidor brasileiro: um decálogo para aprovação do PL 3515/2015. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 127, p. 469-476. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Notas sobre as Conclusões do Relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89, p. 453-457. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. Dados da pesquisa empírica sobre o perfil dos consumidores superendividados da Comarca de Porto Alegre nos anos de 2007 a 2012 e notícia sobre o Observatório do Crédito e Superendividamento UFRGS-MJ. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99, p. 411-436. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen. O anteprojeto de lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 73, p. 345-367. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen D. Prevenção e tratamento do superendividamento. *Caderno de Investigações Científicas* 1, Brasília, DPDC/SDE, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; RAMSAY, Iain; PERSON, Gail; BOURGOIGNIE, Thierry; NEFH, James (coord.) *The global financial crisis and the need for consumer regulation: new developments on international protection of consumers*. Porto Alegre: Orquestra, 2012.

MARTINI, Sandra Regina; JAEGER JUNIOR, Augusto; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (orgs.). *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marques*. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOEREMANS, Daniel. *Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores (ley 24.240)*, La Ley 1997.

NEFH, James. Preventing another financial crisis: The critical role of Consumer Protection Laws. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAISANT, Gilles *et alii*. Le crédit à la consommation dans l'Union européenne: le droit communautaire. In: *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation*, Lausanne: Ceditac, vol. 51, 2002.

PAISANT, Gilles. El tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los consumidores en Francia. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 89, p. 13-28. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

PIZZIO, Jean P. *La nullité du prêt bancaire finançant les ventes à crédit. État du droit positif et essai d'une solution nouvelle*, Juris-Classeur - JCP, éd. C.I., n. 12399, p. 185, 1997.

RAMSAY, Iain e WILLIAMS, Toni. Anotações acerca dos contornos nacionais, regionais e internacionais da proteção financeira dos consumidores após a Grande Recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 89, p. 41-58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMSAY, Iain. *Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 15, n. 2. 1995.

RAMSAY, Iain. Individual bankruptcy: preliminary findings of a socio-legal analysis. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 1/2, p. 15-82, 1999.

RAMSAY, Iain. The alternative consumer credit market and financial sector: regulatory issues and approaches. In: *The Canadian Business Law Journal*, vol. 35, n 3. 2001.

RAYMOND, Guy. *La protection du consommateur dans les opérations de crédit*, Gazette du Palais. 1978.

REBÊLO, Felipe César José Matos. Crise financeira de 2008: a intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, p. 69-79, 2010.

SILBER, Simão Davi. A economia mundial após a crise financeira de 2007 e 2008. *Revista USP*, n. 85, p. 82-93, 2010.

SILVA, Luiz Gustavo Doles. *Bitcoins e outras criptomoedas: teoria e prática à luz da legislação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2018.

WEATHERFORD, Jack. *A História do Dinheiro*. Rio de Janeiro: Ed. Negócio. 1999.

YUEH, Linda. *Os grandes economistas: como suas ideias podem nos ajudar hoje*. Janaína Marcoantonio (tradução). Porto Alegre-RS: L&PM, 2021.

CAPÍTULO 9

O CONSUMIDOR E A INEFETIVIDADE JURISDICIONAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: A IMPORTÂNCIA DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA GARANTIA DA SATISFAÇÃO DO DIREITO TUTELADO

Felipe de Alcântara Silva Estima¹

1 Introdução

De início, com intenção de oferecer a devida tutela às pessoas de menor poder aquisitivo e proporcionar soluções justas, efetivas e tempestivas, tendo em vista que o acesso à justiça é considerado um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, foram criados os juizados especiais cíveis, através dos quais os litigantes buscam a conciliação, submetendo-se aos princípios da informalidade, simplicidade, oralidade e economia processual.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, por considerar que o consumidor se encontra em situação de impotência ou de inferioridade na relação de consumo, buscou impor a igualdade das partes nessa relação.

Ocorre que em que a proteção dos mais vulneráveis nas relações de consumo, há inúmeros empecilhos para que os consumidores consigam garantir a satisfação do seu direito tutelado, a exemplo da impossibilidade de utilização das medidas executivas atípicas, previstas no inciso IV do artigo 139 do CPC e no artigo 84, § 4º do CDC.

A verdade é que os contratempos aos quais os consumidores estão submetidos, por diversas vezes provocam na desistência da reclamação, uma vez que não conseguem satisfazer seu direito tutelado pelos inconvenientes transtornos do poder judiciário, elegendo em outras ocasiões enfrentar as perdas financeiras decorrentes da prática ilegal dos fornecedores a ter de demandar judicialmente.

¹ 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).

O presente estudo tem o objetivo de realizar uma análise doutrinária sobre as medidas executivas atípicas serem inaplicáveis aos juizados especiais cíveis, demonstrando que essa impossibilidade torna, cada vez mais, a justiça ineficaz e pelo ponto de vista dos consumidores, injustas.

2 O Código de Defesa do Consumidor e o Acesso à Justiça

Preambularmente, o acesso à justiça é um direito fundamental de todos e está previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. De acordo com Mauro Cappelletti, o acesso à justiça constitui o mais básico dos direitos humanos e é requisito essencial de um sistema jurídico que se autodenomine moderno, igualitário e que pretenda não apenas elencar os direitos de todos, mas também os garantir².

Logo, o Poder Judiciário brasileiro, visando maior acesso à justiça e com base nas experiências consolidadas de países cujo sistema jurídico é o common law, institucionalizou os Juizados de Pequenas Causas através da Lei nº 7.224/84. Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988, consoante inteligência do artigo 98, inciso I, determinou que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem os 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.

Em 1995 foi revogada a lei que regularizou a criação e funcionamento do juizado de pequenas causas pela Lei nº 9.099, a qual regulamentou a criação dos juizados especiais cíveis, que em virtude dos altos custos processuais e lentidão dos processos, surgiu com a intenção oferecer a devida tutela às pessoas de menor poder aquisitivo e proporcionar soluções justas, efetivas e eficazes entre os litigantes, através da informalidade, simplicidade, oralidade, economia processual e, especialmente, pela conciliação.

Outrossim, a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), surgiu com a intenção de transformar as relações de consumo brasileira, para dar maior qualidade nas relações privadas com ênfase à proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas³.

Além do acesso à justiça, o consumidor também teve o prestígio de ser considerado direito fundamental, sendo, hoje, um direito da mais alta carga

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

³ 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

axiológica. Em contrapartida, a sua materialidade, consoante ensinamentos do Professor Bruno Miragem⁴, decorre do estreito vínculo que existe entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida em que esta busca, ao fim, realizar uma necessidade humana básica, especialmente presente na sociedade atual, qual seja, a necessidade de consumir, o que evidencia o caráter universal e atemporal da questão.

Assim, pode-se observar que em respeito à dignidade, saúde e segurança, as normas produzidas pelo legislador vieram para concretizar os direitos fundamentais da relação de consumo, para equilibrar a desigualdade entre os consumidores e fornecedores, protegendo, portanto, a parte mais vulnerável desta relação, o consumidor.

Ademais, vários princípios consumeristas surgiram como alicerce da norma, com objetivo de sustentar o sistema de proteção do consumidor, a exemplo dos princípios da vulnerabilidade do consumidor, da hipossuficiência, intervenção estatal, boa-fé objetiva, informação, transparência, segurança, acesso à justiça, dentre outros.

Não bastasse os princípios elencados acima, importante salientar que para inversão do ônus da prova nas relações de consumo, basta identificar um dos requisitos para que o juiz autorize a inversão, qual seja, verossimilhança dos fatos ou hipossuficiência do consumidor. Ainda, também podemos citar o artigo 28 do CDC que trata da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade apenas pela simples insolvência do fornecedor, ou, o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados (Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica), não sendo necessário prova de fraude, abuso de direito ou prova de confusão patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e física (Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica).

Portanto, observa-se que com o advento do Código de Defesa do Consumidor surgiu um novo enfoque do acesso à justiça, colocando o consumidor em nível de igualdade com o fornecedor e fazendo com que o Estado fornecesse o instrumento para oferecer soluções justas, efetivas e tempestivas aos consumidores.

3 Da Inefetividade Jurisdicional nos Juizados Especiais Cíveis

Como mencionado alhures, os juizados especiais surgiram da necessidade de propiciar aos cidadãos o acesso à justiça de maneira célere, eficaz e simples, de forma a facilitar a solução de demandas relacionadas às causas de

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010

menor valor e pouca complexidade⁵.

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 do CDC).

Não obstante o rito do juizado especial seja capaz de produzir diversas benesses, os jurisdicionados se deparam 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 bastassem as sentenças falhas culminadas com o excesso de simplicidade, o consumidor esbarra em diversas barreiras para satisfazer seu direito tutelado. Em decorrência, especialmente, do período pandêmico que se encontra o mundo inteiro, os consumidores que tiveram seu direito ferido encontram dificuldades, inclusive, de citar o fornecedor, notadamente porque muitos juizados especiais apenas utilizam os meios de citação tradicionais e que muitas vezes retornam infrutíferos, não podendo a citação ocorrer por edital, conforme inteligência do artigo 18, § 2º da Lei nº 9.099/95.

Lado outro, já existem decisões que possibilitam intimação por telefone e aplicativo whatsapp. Atualmente, a 5ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça tem o entendimento de que “a tecnologia em questão permite a troca de arquivo de texto e imagem, o que possibilita, ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, auferir a autenticidade da conversa” (HC 641.877/STJ).

Ocorre que na prática, após inúmeras tentativas de citação inexitosa, o consumidor desiste de sua reclamação e não recorre ao Tribunal Estadual, tendo em vista a lentidão do procedimento comum e dos altos custos dos processos, ocasionando em um entrave ao direito de acesso à ordem jurídica justa e um descrédito por parte da população no poder judiciário, notadamente quando muitas pessoas, cujos interesses foram violados, preferem enfrentar os prejuízos a ter que ingressar em juízo.

De mais a mais, o artigo 84 do CDC regula que na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, além de elencar diversas hipóteses para que o magistrado possa assegurar o resultado prático equivalente ao adim-

⁵ Conforme consta da justificação na Exposição de Motivos da Lei nº 9.099/1995.

plemento, em outras palavras, para que o juiz crie condições e dê efetividade a obrigação.

No entanto, destaca-se que diversos juizados especiais cíveis ao redor do Brasil não admitem tutela de urgência antecipada, unicamente por não haver previsão legal expressa na lei dos juizados especiais, sendo um obstáculo tanto para o consumidor que está em busca de seus direitos, quanto para a prestação de serviços do advogado, ocasionando uma tremenda insegurança jurídica.

Ainda, nos termos do § 4º, do artigo 53, da Lei nº 9.099/95, determina que na execução de título executivo extrajudicial, nos juizados especiais cíveis, não encontrando o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor.

Surgindo assim outro empecilho para que os consumidores vejam valer seus direitos, notadamente pela impossibilidade de utilizar de medidas executivas atípicas na garantia da satisfação do direito tutelado, prevista no inciso IV do artigo 139 do CPC e artigo 84, § 4º do CDC.

Os obstáculos mencionados acima acarretam na desistência da ação pelo consumidor, o qual não consegue satisfazer seu direito tutelado pelos entraves do poder judiciário, preferindo em outras oportunidades facear os prejuízos financeiros ocasionados pela prática ilegal dos fornecedores a ter de adentrar em juízo.

4 Do Papel e a Importância das Medidas Executivas Atípicas na Garantia da Satisfação do Direito Tutelado

De proêmio, destaca-se que o escopo da tutela executiva é atender a obrigação e não meramente penalizar o devedor. A tutela executiva é regida pelo princípio da patrimonialidade, assim os atos executórios devem destinar-se ao patrimônio do executado e não a pessoa física dele.

Por outro lado, para a efetivação do provimento jurisdicional, seja para satisfazer o crédito do exequente, seja para atingir a pacificação social, o Magistrado tem o poder-dever, na medida em que o dispositivo lhe impinge a responsabilidade de adotar todos os meios legais aptos à efetivação dos direitos do credor.

O artigo 139, IV, do CPC trata-se da cláusula geral de atipicidade dos meios executivos. Assim, tendo o magistrado constatado que o devedor está se eximindo de sua obrigação, culposa e intencionalmente, deve determinar medidas coercitivas indiretas a fim de que este realize o pagamento da dívida.

O artigo mencionado incumbe expressamente ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Assim, temos a (i) medida indutiva⁶, a qual busca incentivar a prática do ato, oferecendo-se prêmio ao executado para que cumpra a decisão; (ii) medida coercitiva⁷, a qual é imposta multas cominatórias ou astreintes, buscando, ao invés de incentivar, coagir o devedor a satisfazer a obrigação; e, por fim, (iii) a medida sub-rogatória⁸, a qual o magistrado substitui a atuação do executado, de modo que se alcance o mesmo resultado na hipótese de o devedor cumprir espontaneamente a decisão.

As medidas executivas atípicas são em inúmeros casos cruciais para a garantia da satisfação do direito tutelado, notadamente quando há casos em que o devedor recorre de meios astuciosos para se escusar da execução e as medidas atípicas possuem o papel importante de evitar essas atitudes ardilosas do mau pagador.

Nas palavras de Daniel Assumpção, sobre a efetividade das medidas atípicas, ele defende:

Nesse sentido, é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Mostra-se óbvio que, como em qualquer forma de execução indireta, não são as medidas executivas que geram a satisfação do direito, mas sim a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir a sua obrigação.⁹

Para Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰ é necessário estimular a precaução para o julgador não se desviar do devido processo legal, pois, a regra processual criada pela jurisprudência é que primeiramente seja instaurado o binômio penhora e expropriação e restem fracassados e só então, decretar a atipicidade se houver sinais de que o devedor esteja se esquivando da obrigação, ou seja, a aplicação deve ser subsidiária e nunca de ofício, sempre sendo necessário o prévio requerimento do credor.

⁶ 23MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais, e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de processo, vol. 247, set. 2015, p. 8.

⁷ OLIVEIRA NETO, Olavo de. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 1 [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2017, posição 17654.

⁸ ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil** [livro eletrônico]. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, posição 1802.

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A doutrina também criou um conjunto sistemático de preceitos que vincula a medida executiva ao tipo de obrigação e perfil do executado, segundo Fredie Didier¹¹ são: a medida deve ser adequada; é a que proporciona o melhor resultado; deve ser necessária; deve-se levar em conta o grau de intenção de o executado em colaborar com o processo, sem desprezar uma medida que gere o menor sacrifício ao requerido; e deve conciliar os interesses contrapostos. Destacando que a imposição das medidas atípicas é indispensável à manutenção da segurança jurídica e deve ser proporcional ao caso concreto.

O fato dessas medidas serem inaplicáveis aos juizados especiais cíveis, faz com que torne ainda mais a justiça ineficaz e aparentemente injusta com os consumidores que se utilizam dessa instituição para garantia dos seus direitos. Pois, caso houvesse a possibilidade de aplicação das medidas atípicas, os consumidores poderiam requerer diversas medidas que são utilizadas atualmente, por exemplo: proibição de participar de licitações, cancelamento de cartões de crédito, suspensão de benefícios fiscais, suspensão de serviços privados de telefonia, banda larga, televisão a cabo, proibição de frequentar determinados locais, apreensão de passaporte, suspensão temporária de bens de uso desde que não essenciais, suspensão e retenção da Carteira Nacional de Habilitação, Bloqueio de contas-corrente, proibição de participação em concurso público, astreintes, entre outras, para que tivessem seu direito tutelado efetivamente entregue de forma justa, efetiva e tempestiva.

Ademais, importante mencionar que ao se estruturar a narrativa sobre a aplicabilidade das medidas atípicas, sob a perspectiva de limites para o cumprimento, entre Direitos Cíveis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há um notório conflito entre o exercício de Direito Cível e Direitos Sociais, uma vez que está sendo utilizado como medida indutiva para obrigar o executado a cumprir decisão judicial transitada em julgado.

Para tanto, imperioso registrar a Teoria da Indivisibilidade dos Direitos Humanos e o postulado da integralidade normatizados pelo Direito Internacional, assim como o caráter complementar entre todos os Direitos Humanos, vide pactos internacionais da ONU ratificados pelo Brasil, a ponto de a falta de observância de um deles comprometer, indelevelmente, o exercício de todos os demais gravados sob igual perfil humanístico.

Portanto, importante a proporcionalidade da medida executiva atípica aplicada e a análise das atitudes e da postura do devedor, pois a depender da medida utilizada, a exemplo de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, por mais impactante que possa ser, não se traduz em garantia quanto ao cumprimento da decisão judicial.

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução** / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

Conclusão

Sendo o objetivo deste estudo apresentar as medidas executivas atípicas frente aos juizados especiais cíveis e o direito do consumidor, conclui-se que, essas medidas surgiram para que tornasse possível garantir o direito tutelado de forma justa, efetiva e tempestiva, tornando-se uma medida imprescindível na execução, no entanto, inaplicável aos juizados especiais cíveis, que é o instituto que mais atende as demandas consumeristas.

Além disso, foi realizada crítica a ineficiência dos juizados especiais cíveis, pois em que pese os juizados terem sido criados com a necessidade de propiciar aos cidadãos o acesso à justiça célere, eficaz e simples, em bastante ocasiões os jurisdicionados se deparam com a incapacidade dos conciliadores, os quais proferem sentenças, sucedendo em decisões vagas e sem fundamentação, além da dificuldade de citação dos fornecedores pelos meios tradicionais, tendo em vista as diversas mudanças tecnológicas trazidas pelo avanço da tecnologia e em virtude do período de pandemia.

Assim, foram apresentados copiosos obstáculos para a satisfação do direito tutelado pelo consumidor, que, com certeza, diminuiria sobremaneira caso houvesse a possibilidade dos consumidores, em sede de juizado especial cível, utilizar de medidas executivas atípicas para garantir o direito tutelado.

Desse modo, também foram expostas as espécies de medidas, sendo elas as indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatória, demonstrando que em inúmeros casos são cruciais para a garantia da satisfação do direito tutelado, evitando que o devedor recorra a meios arditosos para se escusar da execução.

Por fim, foi tratado sobre a hierarquização das normas de direitos humanos, pois ao se estruturar a narrativa de aplicabilidade das medidas atípicas, o Magistrado deve respeitar os limites entre Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, devendo-se utilizar a Teoria da Indivisibilidade dos Direitos Humanos e o postulado da integralidade normatizados pelo Direito Internacional, assim como o caráter complementar entre todos os Direitos Humanos, vide pactos internacionais da Organização das Nações Unidas ratificados pelo Brasil. Notadamente quando a falta de observância a um desses direitos, pode comprometer o exercício dos direitos do devedor sob o perfil humanístico.

Portanto, diante desse contexto, o presente trabalho apresenta a possível solução na garantia da satisfação do direito tutelado pelo consumidor através das medidas executivas atípicas, as quais devem ser aplicadas de acordo com a análise das atitudes e da postura do devedor e que não confronte-se com os direitos fundamentais, até porque, por mais impactante que as medidas possam ser, não se traduzem efetivamente na garantia quanto ao cumprimento da decisão judicial e para que a coerção ao cumprimento da execução não seja caracterizada como uma penalidade ou vingança.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil [livro eletrônico]**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, posição 1802.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução** / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira - 7. ed. rev., ampl. e atual. -Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MEIRELES, Edilton. **Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais, e indutivas no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de processo, vol. 247, set. 2015, p. 8.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1 [livro eletrônico]**. São Paulo: Saraiva, 2017, posição 17654.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO 10

APLICABILIDADE DO CDC E VALORAÇÃO DAS PROVAS: CHOQUE DO DIREITO E DA NECESSIDADE DE PROVÁ-LO

Olga Câmara¹

1 Introdução

Como se sabe, a proteção do consumidor é considerada como direito fundamental na Constituição Federal. A mesma é o marco inicial para se entender uma relação jurídica de consumo. Essa análise constitucional da importância de tratamento diferenciado para o consumidor gera efeitos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Almejando ampliar o acesso dos consumidores à justiça, principalmente em razão do fato desses terem uma dificuldade na produção da prova, o CDC prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz.

Importante definir que prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa. Tanto o consumidor, quanto o fornecedor, tem a obrigação de trazer ao conhecimento do juízo elementos autênticos para esta comprovação, ou seja, tem o **ônus da prova**. **Cada parte deve** levantar os elementos necessários para corroborar o seu direito.

Por intermédio da prova, busca-se a verdade dos fatos. As normas jurídicas são aplicadas mediante juízo de subsunção; ou seja, há uma relação teleológica, instrumental, entre a prova e a verdade. O que se almeja é a correspondência entre o fato ocorrido no mundo físico e o comprovado no processo. Todavia, no processo, as partes fornecem sua interpretação e descrição sobre os fatos, ou seja, cada parte fornece a sua verdade.

Sabe-se que a verdade no processo, concebida como ideal, é um mito, uma utopia. Contudo, isso não desnatura a sua importância. Nesse cenário, onde há uma confusão acerca da veracidade, é necessária a avaliação do juiz por meio do seu livre convencimento. É imprescindível que o magistrado utilize um crité-

¹ Advogada e membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. Pós-graduada em Penal e Processo Penal pela ESA/PE. Pós-graduada em Processo Civil pela Damásio Educacional.

rio racional para a formação da verdade processual e, conseqüentemente, prolate uma decisão justa.

Porém, nem sempre é o que acontece, pois os juízes são seres humanos que talvez psicologicamente não se desvinculam dos atos racionais e pessoais no momento de uma decisão judicial, impossibilitando decisões mais justas para as partes.

A verdade é que em muitas ocasiões há um choque entre a garantia do direito e a necessidade de prová-lo, pois, caso o magistrado não se convença da prova produzida pela parte, mesmo esta tendo o seu direito garantido, muito provavelmente esta parte perderá o processo.

Assim, este estudo tem por objetivo analisar e discorrer acerca dos problemas advindos do ônus da prova na relação de consumo, bem como das decisões advindas desses. Destaque-se que a aplicação do ônus da prova ainda é imprecisa, e a análise do caso em si é imprescindível, pois há situações diferentes para cada tipo de responsabilidade civil prevista pelo CDC, além de outras situações que surgem em razão do grande aumento de demandas e das situações que decorrem do aumento do consumo.

2 Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

A proteção do consumidor é prevista como direito fundamental pela Constituição Federal. Na mesma tomada, a CF assegura essa proteção no âmbito da ordem econômica, pois a livre iniciativa deve ser compatibilizada com esse direito, conforme os ditames da justiça social. Essa proteção também é vislumbrada no CDC por meio das normas jurídicas processuais.

Para analisar a essência do CDC, deve-se considerar os valores da liberdade, da igualdade e da justiça. Visando compreender a igualdade na linguagem política, é necessário responder à duas perguntas: “a) igualdade de quem? e b) igualdade em quê?”. No âmbito jurídico, a igualdade é tratada constitucionalmente no sentido indeterminado de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, caput, CF²), ou seja, há tratamento equânime para todos.

Essa visão generalista da igualdade desencadeia várias incertezas no mundo jurídico, razão pela qual é mais difundida a ideia de que “os iguais devem ser tratados de maneira igual, e os desiguais, de maneira desigual”³. A aspiração

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 158)

por igualdade é vista não como fim em si mesma, mas como marco inicial a partir do qual se passará ao ponto seguinte, de identificar os iguais e os desiguais.

No CDC, a igualdade material é justificada pela vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. A CF prevê a proteção do consumidor e, de forma legítima, assegura tratamento desigual para o sujeito ativo dessa relação jurídica. Nesse plano, a dimensão da igualdade substancial é entendida como a busca da solução justa para o caso concreto, ou seja, vale-se do critério da equidade para situações pontuais, a qual guarda estreita relação com a igualdade e com a justiça.

É importante destacar que na sociedade de consumo, aquele que se posta em situação desfavorecida deve receber tratamento diferenciado. Dessa forma, o Direito do Consumidor disciplina a proteção jurídica do sujeito vulnerável da relação econômica que ocorre no mercado de consumo entre o agente econômico (fornecedor) e o destinatário final dos produtos e serviços (consumidor).

A fragilidade do consumidor é expressamente reconhecida pelo CDC (artigo 4º, inciso I⁴), e esse estado da pessoa foi a causa da elaboração da Lei nº 8078/1990. A fraqueza do consumidor no mercado de consumo concede-lhe instrumentos para melhor defender-se.

A vulnerabilidade divide-se em quatro espécies: técnica, jurídica, fática e informacional. A técnica está atrelada à ausência de conhecimentos técnicos específicos da relação de consumo; a jurídica decorre da superioridade do fornecedor pelo fato de atuar como litigante habitual, o que implica a existência de corpo jurídico permanente e especializado em orientá-lo; a fática está atrelada ao aspecto econômico e, por fim, a vulnerabilidade informacional diz respeito ao déficit de informação do consumidor.

Com isso, quando ocorre a judicialização da divergência entre o fornecedor e o consumidor, o CDC procura proporcionar transparência e harmonia entre o fornecedor, sujeito de direito que exerce a posição de dominância no mercado de consumo, e o consumidor, sujeito vulnerável e destinatário da proteção constitucional e legal na relação de consumo.

3 Do ônus da prova

Na definição de a quem pertence a razão e/ou o direito, a prova possui enorme relevância, sendo de fundamental importância à consecução da justiça. Como salienta Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 868-869):

⁴ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília: Presidente da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

O acesso à justiça, mediante um processo justo, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o direito Inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.⁵

A prova, segundo Alexandre Freitas Câmara (2013, p. 429) é “todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”.⁶ Ela é uma constante em diversas áreas do conhecimento.

No mundo jurídico, a prova pode ser aplicada como atividade, em que tem que provar o alegado; como meio, na qual mostra as formas disponíveis para se provar os fatos; e como resultado, que consiste na formação do convencimento judicial.

Em se tratando de provas no CDC, é necessário fazer menção ao ônus da prova que, para o autor Gonçalves⁷ (2017, p. 641), “é função da qual os litigantes sofrerão com consequências negativas advindas da falta de comprovação dos fatos alegados”.

A lei processual brasileira adota o critério estático de distribuição do ônus da prova (art. 373 do CPC⁸) como regra de conduta das partes no processo, pois consubstancia-se no conhecimento prévio dos litigantes quanto ao ônus da prova, antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação.

Nas palavras de Ricardo Rocha Leite:

O ônus da prova no CDC é tratado de forma diferente daquele que lhe é dado na legislação processual civil. Ele trabalha com a redução das exigências de prova por meio de presunções, máximas de experiência, verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor.⁹

Na tutela dos direitos do consumidor, quando este se dirige ao Poder Judiciário para satisfação de seu direito, cabe a ele, inicialmente, a imposição de instruir a petição inicial com as provas que comprovem as suas assertivas. É esse

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 54. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.v.I.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013. v. I.

⁷ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 890 p.

⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2016. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

⁹ LEITE, Ricardo Rocha. O ônus da prova no CDC: sua diversidade e a falsa inversão. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 52, n. 108 (1), p. 3-22, dez. 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/60/36>. Acesso em: 25 jul. 2021.

o momento que o consumidor terá para atestar a veracidade das alegações que fundamentam o seu pedido.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p. 664) “o autor pode juntar à petição inicial documentos que entende sejam importantes para demonstrar a existência dos fatos constitutivos de seu pedido¹⁰”.

No ônus da prova, tem a afirmação e a alegação. De início, a parte deve alegar e depois comprovar o fato. A afirmação de um fato pelo autor e a contrariedade do réu tornam os fatos controvertidos e constituem o objeto de prova. Esses fatos fixam os contornos de atuação do juiz no processo e criam limites para o provimento judicial que será prolatado.

Segundo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, independe a posição jurídica ocupada pela parte (autor ou réu) bem como a natureza do fato objeto de prova (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Não impera a máxima probatória de que o ônus compete a quem alega, pois a sua finalidade é impor este à parte que tem melhores condições de produzir a prova. A citada teoria atua como complemento para melhor alcance da efetividade e da justiça possível para as partes litigantes.

Porém, é importante destacar que mesmo diante do fato de o consumidor, de início, ter o dever de trazer as provas para embasar o seu direito, não é sempre que este tem essa possibilidade. Em diversas situações, por ser a parte mais frágil, não tem como levantar todas as provas, inclusive, às vezes não tem acesso a essas, sendo apenas faculdade da empresa. É nessas ocasiões que surge a necessidade da inversão do ônus da prova.

Caso o magistrado não reconheça a necessidade da inversão, é mantida a regra do critério estático, e ao autor competirá provar o fato alegado. Se não se desincumbir de seu encargo probatório, incidirá a regra de julgamento com a observância de qual das partes assumiu maior risco de decisão, ou seja, encerrada a instrução processual, como é vedado o pronunciamento do *non liquet* pelo juiz, este deverá julgar o pedido mesmo em estado de dúvida.

Por fim, é importante ressaltar que a condição de consumidor não conduz necessariamente ao tratamento desigual no processo civil, mas somente em casos específicos em que se verifique a impossibilidade ou dificuldade de provar o fato constitutivo do seu direito.

¹⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

4 Da valoração das provas e do princípio do livre convencimento do juiz

O consumidor e o fornecedor desdobram-se para tentar sustentar suas alegações utilizando-se dos mais criativos meios de prova, é **justamente do artigo 369 do CPC/2015**¹¹ que advém esta liberdade. O intuito é dar veracidade aos fatos apresentados para convencer o juiz a prolatar uma decisão justa. Porém, é importante destacar que essa produção de provas deve respeitar os limites impostos pela CF e deve ser basear nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 224) “a prova tem por objeto a veracidade de alegações sobre fatos que sejam controvertidos e relevantes¹²”. Theodoro Júnior (2016, p. 871-872) ainda define que a prova pode ser direta ou indireta. “Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos¹³”.

É importante destacar que a verdade dos fatos e a prova destes têm papel fundamental para legitimar uma decisão judicial. Os autores Marinoni, Arenhardt e Mitidiero¹⁴ (2017, p. 173), relatam em sua obra que as partes devem se utilizar de quaisquer meios de provas afim de demonstrar seus argumentos de fato, bem como influenciar na convicção dos juízes.

A prova é elemento essencial para que os magistrados possam exercer seu livre convencimento motivado nas decisões, uma vez que é o elemento utilizado para verificar as alegações postuladas pelas partes e assim ter uma noção do pleiteado, podendo assim, correlacionar a lei junto com o conjunto probatório apresentado.

O ônus da prova deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. Cabe ao magistrado realizar a análise de modo contextualizado e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré.

No ordenamento jurídico brasileiro, são três os sistemas gerais de avaliação das provas. O primeiro é o sistema da prova legal, onde a lei aduz o valor que terá cada prova processual, ficando o magistrado adstrito a ela, não podendo desrespeitar a prévia atribuição legal. O segundo é o sistema do livre

¹¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2016. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013. v. I.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 54. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 789 p. v. 2.

convencimento puro, ou da consciência do juiz, que tem por objetivo fazer com que os magistrados julguem a prova no processo conforme sua convicção, sem necessidade alguma de se fundar em provas colhidas nos autos, ou seja, o juiz poderá, sem necessidade de embasar a prova, julgar o processo conforme melhor acolher o caso. O terceiro é o da persuasão racional, no qual cabe ao juiz formar seu convencimento livremente, examinando as provas produzidas, esse foi o sistema adotado no Brasil.

O princípio do livre convencimento motivado, ou o da persuasão racional do juiz, está previsto no Código de Processo Civil em seu art. 321¹⁵ e no art. 93, IX, CF¹⁶. O mesmo estabelece que o juiz deverá julgar a prova constante nos autos em concomitância com a lei e de acordo com sua convicção, ou seja, o juiz irá indicar as razões de suas convicções diante da prova demonstrada nos autos, trazendo maior relevância para aquilo que está sendo julgado. Em síntese, o magistrado só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais.

Importante destacar que a convicção não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado, não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes e as máximas de experiências.

Infelizmente, não é o que se observa atualmente. Muitos magistrados utilizam-se de fundamentações genéricas ou simplesmente alegam que as provas não foram suficientes. Estes ainda se baseiam no CPC de 73, quando podiam utilizar-se do livre convencimento sem a necessária fundamentação.

O juiz tem autonomia na valoração motivada da prova, podendo, inclusive, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte. Porém, tem que demonstrar, por meio de fundamentação idônea, a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. A fundamentação dá-se em duas dimensões: fáticas e jurídicas. Na primeira, procede o juiz à valoração da prova e dos fatos, reservando para a segunda a fundamentação em torno das teses jurídicas alegadas, mas refutadas.

Ademais, destaca-se que os magistrados têm o **dever de assegurar às partes** igualdade de tratamento, velar pela duração razoável do processo e prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça. Nalini¹⁷ (2008, p. 136) refere que:

¹⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2016. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹⁷ NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2008. 250 p.

Ao juiz se impõe o compromisso de servir à Constituição. Servir como servo: deve servidão e vassalagem à ordem constitucional. Disso resultam salientes consequências: o juiz precisa atender a toda Carta Política. Ora, a Constituição 1988 é um texto prenhe de princípios explícitos, implícitos e decorrente. Servo desse manancial infundável de princípios, o juiz brasileiro possui mais do que qualquer outro magistrado da história, todos os poderes para fazer a justiça concreta, a partir das opções do formulador do pacto.

Porém, é importante destacar que, assim como o autor e o réu, o juiz é um ser humano e também é passível de erro. Ambrosio¹⁸ (2012, p.493) demonstra em sua obra que o juiz, ao proferir uma sentença, não consegue se desvincular de suas crenças, ideias, referências e valores sociais, pois este como ser humano está vinculado a sentimentos como amor, raiva e repulsa. É justamente em razão disso que há a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão proferida pelo magistrado.

Ainda é importante destacar que, em razão desses equívocos cometidos pelos magistrados, há um choque entre a garantia do direito, seja do autor ou do réu, e a necessidade de prová-lo. Por muitas vezes, a parte está certa e tem o seu direito garantido, porém o juiz não se convence das provas apresentadas e acaba por entender de forma diversa; ou até chega a não analisar todas as provas apresentadas.

5 Do choque entre a garantia do direito e a necessidade de prová-lo

A prova busca demonstrar a verdade real, a verdade sobre os fatos narrados pelas partes, motivando o convencimento do juiz sobre as alegações levantadas. Porém, nem sempre é fácil fazer essa produção de provas. Essa dificuldade fez com que o legislador passasse a prever mecanismos que atenuam o rigor da obtenção da prova. Esses mecanismos geram efeitos na distribuição do ônus da prova, seja através da própria lei ou na faculdade dada ao juiz.

Com isso, o magistrado pode utilizar-se do indício, da presunção e das máximas de experiência. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Esse itinerário mental percorrido pelo juiz pode resultar na ocorrência de presunção.

¹⁸ AMBROSIO, Graziella. Psicologia do juiz. **Revista de Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 491-503, 2012. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6230>. Acesso em: 25 jul. 2021.

Na presunção, se usa um raciocínio lógico para se provar a existência de fato desconhecido. O magistrado usa a dedução a partir de fatos que acontecem, de forma repetida, no contexto em que vive. Já as máximas de experiência, consistem na valoração da prova pelo juiz com base no livre convencimento motivado.

Em sua decisão, conforme já explicado, o juiz deve utilizar-se da fundamentação, devendo observar a legalidade e a eficiência, princípios preconizados pela ordem constitucional como indispensáveis à implementação da segurança jurídica no seio do Estado Democrático de Direito. Porém, enquanto os julgamentos forem humanos, a livre convicção do julgador sempre estará presente. Para cada juiz existe uma verdade que tem a ver com seu sentimento de justiça e uma forte carga de subjetividade.

Refere Ambrosio¹⁹ (2012, p. 493) que os juízes devem além de possuírem conhecimentos técnicos próprios da carreira devem se utilizar de seus aspectos psicológicos para decidirem litígios.

A mesma (2012, p. 500) conclui sua dissertação da seguinte maneira:

Em conclusão, pode-se afirmar que a realidade tem sempre um valor subjetivo e, portanto, relativo, pois é deformada pelos processos psíquicos das pessoas envolvidas. Essa realidade, sobre a qual deve se pronunciar o julgamento, ainda é apreciada pela personalidade do julgador, pois este decide com base naquilo que adentrou, pela percepção, o mundo da sua consciência. O processo perceptivo, por sua vez, se dá sob a influência de diversos fatores, alguns inconscientes e provenientes do ambiente social em que os homens estão inseridos. Assim, cabe ao juiz selecionar com atenção o material sobre o qual pronunciará o seu juízo e, conquanto não possa afastar totalmente suas emoções do produto do julgamento, deve estar atento a esse processo de interferência emocional, evitando atitudes precipitadas, rejeição de elementos importantes para o processo e juízos de valores que não refletem os verdadeiros interesses da sociedade.

O alcance da decisão judicial apresenta resultado que se assemelha à verdade, pois nem sempre é possível admitir a certeza fática da forma como a verdade é reproduzida no processo. O que ocorre, nesses casos, é uma verdade aproximativa, baseada na convicção do juiz. Surge a ideia da verdade processual que se subdivide em verdade fática e verdade jurídica. Esta é comprovada pela interpretação dos enunciados normativos que qualificam o fato; aquela, pela prova de sua ocorrência. Ou seja, só é tomada como verdade o que é provado, mesmo que a parte tenha de forma clara a garantia do seu direito. Nunca se terá

¹⁹ AMBROSIO, Graziella. Psicologia do juiz. *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 491-503, 2012. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6230>. Acesso em: 25 jul. 2021.

no processo uma veracidade 100%. Afinal, cada pessoa tem a sua concepção de verdade.

O CPC intensificou os poderes do juiz com o protagonismo gerencial do processo na tentativa de obter uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva. A democratização do processo civil contribuiu com o ideal do processo colaborativo e dialético. Porém, como o juiz pode avaliar as provas de acordo com a sua experiência e cultura, é gerada uma incerteza jurídica que culmina no choque entre a garantia do direito e a necessidade de prová-lo. Ora, se chegará em uma situação que caberá ao advogado da parte conhecer o estilo do juiz para poder organizar-se com relação ao processo e as provas levantadas. A parte sabe do seu direito e junta as provas necessárias, mas isso não é suficiente, pois se faz necessário o convencimento do juiz. Além disso, o resultado sempre irá depender de como o magistrado enxerga a situação, ou seja, vai depender da verdade obtida através da análise deste.

Ademais, se o julgamento é ato de vontade; se o juiz primeiro se convence e depois vai procurar argumento para justificar sua convicção; se tem poderes para conferir novos contornos aos ditames da lei, qual é a garantia de que este não deixará se levar por ideologias, interesses, preconceitos, idiossincrasias ou qualquer outra manifestação de subjetivismo? Seria ingênuo ignorar que o juiz pode estar vinculado a preconceitos próprios de sua origem social, de sua concepção política ou de sua visão de mundo, ou ignorar que nenhum homem elimina por completo a subjetividade.

Nessa toada, é entendível que decisão não é escolha, e que o direito não é filosofia nem moral. Se fosse, não iria querer que juízes aplicassem as leis, e sim moralistas e filósofos. O sentimento do justo cada um tem. O problema é saber se o direito dá a mesma resposta. Tem-se que tomar cuidado para que a democracia não seja substituída pela juristocracia, que é a substituição do legislador pelo juiz. Entre a opinião do juiz e a lei, deve-se prezar pelas leis da República.

Conclusão

O consumidor que busca amparo do Poder Judiciário poderá se utilizar de todos os meios de prova em direito admitidos. Entretanto, é vedada a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Devido à sua posição de fragilidade, tanto nas relações cotidianas, quanto no momento que vai a juízo, os consumidores se veem em dificuldade no que tange à produção de prova. Diante disso, o legislador optou por equilibrar a balança da relação processual permitindo ao magistrado a possibilidade de distribuir, de modo diverso, o ônus da prova.

O direito à prova é visto como desdobramento do amplo acesso à jurisdição. Porém, de nada adianta a implementação das ondas renovatórias do processo, se, em juízo, as partes não dispuserem do instrumental necessário para a

consecução do seu objetivo.

A busca da verdade provável é tarefa conjunta de todos os atores processuais. Tornar possível a dinamicidade do ônus da prova está em consonância com a visão de processo democrático, participativo e colaborativo.

É importante destacar que o aumento na quantidade de demandas consumeristas requer que **os operadores do direito façam uma análise sistemática e, ao mesmo tempo, específica.**

Ademais, destaca-se que o Juiz deve abordar o lado psicológico do caso, esquecendo a letra fria da lei para julgar as provas, esclarecendo em cada sentença a objetividade de sua convicção. Somente o conhecimento da lei já não basta para decisões seguras. O uso da psicologia no ordenamento jurídico é de extrema importância, pois possibilita um maior entendimento do comportamento humano nos litígios que atingem o judiciário.

O Juiz tem obrigação de se aproximar das partes a fim de buscar suas motivações que levaram ao litígio, buscando, sempre que possível, a conciliação, dever de ofício dos magistrados (NALINI, 2008, p. 328).²⁰

O poder de decidir do juiz diante de prova deve ser abordado de maneira eficiente, pois se percebe na atualidade que este poder perdeu um pouco de aplicabilidade necessária para ensejar em uma decisão completa nos termos processuais. A abordagem que deve ser feita pelos julgadores é de que a aplicação do poder de decidir reitera uma forma mais humana para as suas decisões, pois estes devem formular uma linha de raciocínio lógico e contínuo, fundamentando assim sua decisão final ou interlocutória.

O protagonismo judicial representa um avanço nessa sociedade de risco, mas, ao mesmo tempo, requer do magistrado cautela na análise de todas essas demandas. É necessária a visão prospectiva das externalidades, de acordo com a conjuntura social. Sendo assim, e considerando que os juízes são seres humanos que talvez psicologicamente não se desvinculam dos atos racionais no momento de uma decisão judicial, impossibilitando decisões mais justas para as partes, necessário reconsiderar os pilares básicos para formação do princípio do livre convencimento motivado.

Dessa forma, vislumbra-se a necessidade de algumas mudanças para se ter um julgamento justo, quais sejam, uma verdadeira sintonia com a Constituição Federal e a existência de condições para que o juiz possa proferir uma decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa. Além disso, para que o poder de decidir dos julgadores diante da prova seja de uma forma com menos erros, é necessário um investimento a longo prazo em criar escolas de magistraturas capazes de abranger tanto o conhecimento de leis quanto o conhecimento da psicologia de uma forma em geral.

²⁰ NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2008. 250 p.

Referências

AMBROSIO, Graziella. Psicologia do juiz. **Revista de Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 491-503, 2012. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6230>. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2016. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília: Presidente da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013. v. I.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I.

_____. **Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DOURADO, Sabrina. **Descomplicando Processo Civil**. 8. ed., Bahia: JusPodivm, 2021.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 890 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Macha do. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 158.

LEITE, Ricardo Rocha. O ônus da prova no CDC: sua diversidade e a falsa inversão. **Revista de Doutrina e Jurisprudência, Brasília**, v. 52, n. 108 (1), p. 3-22, dez. 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/download/60/36>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 789 p. v. 2.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2008. 250 p.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor**. 15. ed., Bahia: JusPodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 54. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

**RESPONSABILIDADE CIVIL
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

CAPÍTULO 11

NOVOS HORIZONTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS DESAFIOS REGULATÓRIOS NO CENÁRIO DA ECONOMIA DE PLATAFORMA

*Dante Ponte de Brito*¹

*Ana Luiza Masstalerz Pires Aragão*²

*Pedrita Dias Costa*³

Introdução

Os avanços tecnológicos tem modificado as relações sociais e impulsionado o surgimento de novas demandas. As plataformas digitais, diante da multiplicidade de modelos de negócios que emergem da economia de compartilhamento, tem desafiado os estudiosos do Direito na busca para criar um sistema regulatório eficaz, que compatibilize a proteção a direitos fundamentais e o desenvolvimento econômico.

As atividades desenvolvidas por meio das plataformas possibilitam a aplicação de normas já existentes, como, por exemplo, as regras consumeristas e de proteção de dados, porém, a complexidade dos fenômenos exige uma legislação que possa contemplar as especificidades desse mercado, cada vez mais lucrativo.

Um dos grandes desafios do século XXI é revisitar as regras da responsabilidade civil e encontrar solução adequada para os danos com os quais se depara a sociedade digital hiperconectada.

¹ Pós-Doutor em Direito pela PUCRS (2020). Doutor em Direito pela UFPE (2016). Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB (2008). Professor Adjunto III da UFPI. Docente vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI (PPGD-UFPI). Advogado atuante nas áreas de Direito Civil e do Consumidor. E-mail: dantephb@ufpi.edu.br.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Membro do Grupo de Pesquisa Relações de Consumo na Contemporaneidade (UFPI). Servidora efetiva do Ministério Público do Estado do Piauí. E-mail: analuizamp@ufpi.edu.br.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Pós-graduada em Direito Processual (2009) e Direito e Processo do Trabalho (2015). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2006). Advogada. E-mail: pedritadias@ufpi.edu.br.

Até então tem prevalecido a tese de que a plataforma, por atuar como intermediária, não estaria sujeita à responsabilidade por danos causados por terceiros, salvo em situações de omissão em adotar providências quanto à remoção de conteúdo ilícito. No entanto, é necessário repensar essas questões, seja pelo alcance econômico ou pela tendência de socialização dos riscos e prevenção de danos típicas dos novos tempos.

Diante dos problemas que emergem das tecnologias disruptivas, o Direito não deve se prender a institutos já existentes, tentando encaixá-los, sem sucesso, aos novos desafios. A imprevisibilidade é um traço característico dessa realidade, que resulta na criação de novos nichos de mercado, em campos ainda não regulados pelo Direito, mas, que tem um impacto significativo no cotidiano das pessoas.⁴

Os riscos são evidentes, em especial quando os próprios usuários da rede divulgam e compartilham seus dados pessoais. As informações, utilizadas por empresas com fins mercadológicos, potencializam o risco de crimes cibernéticos, cada vez mais comuns no ambiente virtual.⁵

A questão que se apresenta é encontrar um equilíbrio para que a intervenção estatal nas atividades econômicas (que lidam com as novas tecnologias) não prejudique os investimentos em inovação, dada a sua importância para o desenvolvimento da sociedade. Diante da complexidade dessas questões e da necessidade de aprofundamentos doutrinários, o presente artigo visa compreender se as regras tradicionais da responsabilidade civil são eficientes para resolver os conflitos no âmbito das plataformas digitais e quais os principais desafios para a sua adequada regulamentação.

Para tanto, este trabalho foi elaborado utilizando a pesquisa bibliográfica, sendo aplicados os métodos comparativo e sistemático no decorrer do estudo. A primeira seção aborda os conceitos de plataforma digital e economia de compartilhamento; na segunda, são apresentados os mecanismos de regulamentação das atividades desenvolvidas em plataformas digitais; na terceira seção, são explanados os desafios da regulamentação das plataformas digitais e a responsabilidade civil e, logo após, tem-se as considerações finais.

⁴ HACHEM Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Regulação jurídica das novas tecnologias no Direito Administrativo brasileiro: impactos causados por Uber, WhatsApp, Netflix e seus similares. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 15, n. 3, p. 180-203, Setembro-Dezembro, 2019 - ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3593/2497>. Acesso em 26 Set. 2020.

⁵ PASQUALOTTO, Adalberto; BRITO, Dante Ponte de. Regime jurídico da publicidade nas redes sociais e a proteção do consumidor. FIDES, ISSN 2177-1383, Natal, v. 11, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/452/466>. Acesso em 29 Set. 2020.

2 Plataformas digitais e economia de compartilhamento

No cenário de intensa evolução tecnológica, várias atividades passaram a ser intermediadas por plataformas digitais. Ainda não há, entre os diversos países do mundo, uma legislação que contemple um regramento específico sobre o tema. No Brasil, várias legislações tais como o Código Civil (CC), o Código de Defesa de Consumidor (CDC), o Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei de Proteção de Dados (LGPD), entre outras podem ser usados para solucionar conflitos que surgem no desenvolvimento da economia de plataforma.

O primeiro desafio que se impõe é definir o que são plataformas digitais. Ainda que não haja uniformidade, Giorgio Resta explica que as plataformas podem ser vislumbradas como empresas que usam a Internet para promover interações entre dois ou mais grupos de usuários distintos, mas interdependentes, em busca de gerar valor para pelo menos um dos grupos, ou também como serviços de intermediação que permitem interação direta entre dois ou mais grupos distintos de usuários que estão conectados por meio da internet. Por outro lado, as plataformas podem ser concebidas como instalações baseadas em *software* e que possibilitam a interação entre fornecedores e usuários de conteúdo, bens ou serviços.⁶

Segundo David Evans, plataforma é um *locus* físico ou virtual que facilita a interação entre os participantes, os quais, além de formar uma comunidade com propósitos comuns, reduz os custos de transação.⁷

Para Lima e Valente as plataformas digitais não figuram apenas como intermediárias de comunicações sociais, atuam também na produção de conteúdo. Para os autores as plataformas são “espaços/agentes de mediação ativa constituídos sobre uma base tecnológica na qual ocorrem diferentes atividades e pelos quais são transacionados serviços, conteúdos e interações, tendo como um traço distintivo e sua atuação no ambiente conectado [...]”.⁸

Observa-se que na Lei nº 12.965/2014 (que é chamada de marco civil da internet no Brasil) não aparece nenhuma menção à palavra plataforma digital. Contudo, em seu artigo 15, menciona o conceito de provedor de aplicação, pessoa jurídica que exerce atividade de forma organizada, profissionalmente e com

⁶ RESTA, Giorgio. Digital platforms and the law: contested issues. *Revista de Dirrito dei Media*. Disponível em: <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/05/17.-Resta.pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁷ EVANS, David S. Deterring Bad Behavior on Digital Platforms. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455384. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁸ LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de; VALENTE, Jonas Chagas Lucio. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v.16, n.1, maio2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

fins econômicos.⁹

Oliveira, Carelli e Grillo explicam que as plataformas logo serão hegemônicas, pois são sinônimo de eficiência econômica acrescida de ideias tecnológicas inovadoras. Para os autores:

Uma plataforma digital do setor de transporte tem muito mais similitudes e ocupam o mesmo espaço de concorrência com os outros modos empresariais de prestação de serviço de transporte do que com as demais plataformas. Uma plataforma como o Airbnb concorre com os hotéis e não com uma plataforma de entrega de comida pronta e traz problemas regulatórios de habitação e turismo, e não de tecnologia digital. Uma plataforma de entrega de comidas prontas traz problemas específicos à sociedade que são os mesmos das empresas “físicas” de delivery. Ou seja, para os fins jurídicos, tratar as plataformas como um setor específico é um erro grave que traz problemas reais de regulação da concorrência, do trabalho, da segurança e de outros bens jurídicos.¹⁰

Entre as ideias tecnológicas inovadoras das plataformas digitais está a utilização da chamada economia de compartilhamento. Sobre essa temática, Machado e Meneguetti ensinam que:

Sharing economy, economia do compartilhamento ou economia do consumo colaborativo são apenas alguns dos diversos termos utilizados para denominar uma nova tendência de modelos de negócio que veio à tona a partir do desenvolvimento tecnológico dos últimos anos. A possibilidade de compartilhamento de bens e serviços, aliada à extrema facilidade de comunicação gerada por novas tecnologias, fez surgir um ambiente propício para que esses novos modelos se desenvolvessem.¹¹

Juliet Schor diz que é difícil definir com precisão o que seria a economia de compartilhamento. Contudo, ela afirma que “as atividades da economia compartilhada se enquadram em quatro categorias amplas: recirculação de bens,

⁹ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 26 jul. 2021.

¹⁰ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 11, n. 4, p. 2622, dez. 2020. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Acesso em: 26 jul. 2021.

¹¹ MACHADO, José Mauro Decoussau. MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A responsabilidade civil dos intermediários na economia do compartilhamento. In: Economias do compartilhamento e o Direito. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Economias_do_compartilhamento_e.pdf#page=22. Acesso em: 26 jul. 2021. p.199

maior utilização de ativos duráveis, troca de serviços e compartilhamento de ativos produtivos.”¹² Alguns motivos são apontados para explicar a adesão à economia de compartilhamento, como, por exemplo, a novidade, os fatores econômicos (custo mais baixo), a (suposta) redução de impacto ambiental, a facilidade de conexão, de troca de informações e a possibilidade de cooperação com outras pessoas por meio digital.¹³

Independentemente das razões pessoais de cada usuário da internet, o fato é que a economia de compartilhamento já faz parte do modo se de relacionar das pessoas, no século XXI. Machado e Meneguetti argumentam que:

As plataformas atuam como verdadeiros catalizadores na relação entre o usuário e aquele que oferece o produto ou serviço. Não se trata, no mais das vezes, apenas de facilitar a comunicação entre eles, mas sim de criar a confiança necessária para que a relação entre eles exista e se desenvolva. As plataformas estabelecem condições mais previsíveis e uniformes para ambas as partes, que fazem com que a relação seja possível.¹⁴

A ausência de legislação orgânica e abrangente faz com que os tribunais assumam um protagonismo no preenchimento das lacunas. Giorgio Resta enfatiza que a análise não deve ser restrita ao aspecto dos contratos privados, em especial pelo grande impacto econômico e social das plataformas digitais, o que representa um desafio diante da estrutura regulatória tradicional.¹⁵

3 Mecanismos de regulamentação das atividades desenvolvidas nas plataformas digitais

De que modo está regulado funcionamento das plataformas digitais? Que agentes são responsáveis por criar essas regras? A resposta a esses questionamentos ajuda a determinar quais responsabilidades podem incidir pelas eventuais violações das normas e conferir maior segurança jurídica às relações por elas mediadas.

¹² SCHOR, Juliet. “Debating the sharing economy” In Great Transition Initiative. Disponível em: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>. Acesso em: 26 jul. 2021.

¹³ SCHOR, Juliet. “Debating the sharing economy” In Great Transition Initiative. Disponível em: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>. Acesso em: 26 jul. 2021.

¹⁴ MACHADO, José Mauro Decoussau. MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A responsabilidade civil dos intermediários na economia do compartilhamento. In: Economias do compartilhamento e o Direito. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Economias_do_compartilhamento_e.pdf#page=22 Acesso em: 26 jul. 2021. p.200.

¹⁵ RESTA, Giorgio. Digital platforms and the law: contested issues. *Revista de Diritto dei Media*. Disponível em: <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2019/05/17.-Resta.pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

Lima e Valente discorrem sobre a importância de normas que disciplinem os comportamentos no âmbito das plataformas digitais. Entre os motivos que justificam essa regulação apontam a assimetria em relação aos usuários, o poder que esses agentes exercem na sociedade e “a insuficiência dos instrumentos normativos atuais para lidar com esses problemas, para garantir competição e para assegurar direitos e responsabilidades.”¹⁶

Surge daí a ideia de governança, por meio da qual são criadas estratégias que permitam a manutenção da atividade das plataformas, porém, respeitando minimamente os ditames legais quanto aos direitos já consagrados pela ordem jurídica, como, por exemplo, a privacidade e a proteção dos consumidores. Essa governança envolve, por exemplo, “o desafio da conceber novas formas de responsabilização das plataformas, tomando cuidado para não gerar uma filtragem excessiva que afete a liberdade de expressão.”¹⁷

É comum que as próprias plataformas estabeleçam os termos de uso, por isso, boa parte das regras são provenientes da autorregulação. Deste modo, há uma relação direta com os usuários, sem qualquer interferência estatal, o que, no geral, tem sido responsável pelo afastamento de responsabilidade por eventuais danos a que os usuários possa ser submetidos, razão pela qual tem sido implementadas iniciativas de correção, ou seja, o Estado, por meio de instrumentos de fiscalização, impõe penalidades em razão do exercício abusivo de certos direitos.

As plataformas devem buscar se adequar às legislações já existentes, entre as quais aquelas que tratam da privacidade e da proteção de dados, não mais prevalecendo a ideia de que a “internet é terra sem lei”.

Lima e Valente apontam a existência de uma agenda de regulação das plataformas porquanto tenham assumido papel central no cenário econômico, político e cultural, em especial quando se trata de promover uma melhoria na confiança das transações que ocorrem por meio do ciberespaço.¹⁸

¹⁶ LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de; VALENTE, Jonas Chagas Lucio. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.16, n.1, maio2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

¹⁷ LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de; VALENTE, Jonas Chagas Lucio. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.16, n.1, maio2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

¹⁸ LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de; VALENTE, Jonas Chagas Lucio. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v.16, n.1, maio2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

Nesse sentido, Lima e Valente apontam para uma iniciativa do Observatório Latinoamericano de Regulación, Medios y Convergencia (Observacom) ao elaborarem um documento em que estão em destaque o uso plural e aberto da internet, com ampla liberdade de expressão e acesso à informação. Segundo os autores:

O documento prescreve mecanismos de transparência nas decisões tomadas pelas plataformas, termos de serviço que não imponham uma assimetria de poder exacerbada sobre os usuários, regras claras e respeitando o devido processo para a suspensão ou remoção de contas ou publicações e direito de defesa, recurso e reparação.¹⁹

Michèle Finck²⁰ diz que a Comissão Europeia está empenhada em determinar como regular as plataformas digitais, propondo modelos de correção e autoregulação. Segundo a autora, o poder das plataformas está se tornando a cada dia um grande motivo de preocupação, para as instituições da União Europeia, especialmente porque em geral elas operam utilizando algoritmos.

Por isso quando se fala sobre mecanismos de regulamentação das atividades desenvolvidas nas plataformas digitais, primeiramente importa perceber que a prática da coleta de dados dos usuários é algo que deve ser levado em consideração. E, se por um lado, a adoção de princípios inadequados pode sufocar a inovação e prejudicar as atividades desenvolvidas pelas plataformas, por outro, a falta de regulamentação deixa milhares de usuários sem uma efetiva tutela.

Para Finck²¹, quando as plataformas determinam seus termos e condições de uso, elas já se configuram como entidades de autoregulação. O grande problema é que a autorregulação, por si só, carece de transparência e não considera os interesses dos usuários, os quais não tem a opção de modificar cláusulas do termo de uso, por exemplo. Além disso, a autora também afirma que o mecanismo da autorregulação não sopesa os interesses públicos. Por isso, a correção despenda como uma alternativa para lidar com os desafios da regulamentação das plataformas digitais, já que promete uma

¹⁹ LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de; VALENTE, Jonas Chagas Lucio. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v.16, n.1, maio 2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

²⁰ FINCK, Michèle. Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 15/2017*, London School of Economics and Political Science Law Department. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990043 Acesso em: 30 Jul. 2021.

²¹ FINCK, Michèle. Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 15/2017*, London School of Economics and Political Science Law Department. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990043 Acesso em: 30 Jul. 2021.

governança policêntrica, envolvendo os interesses não apenas das plataformas, como também dos usuários, das empresas que se utilizam das plataformas e da sociedade em geral.

4 Os desafios da regulamentação das plataformas digitais e a responsabilidade civil nas relações de consumo

O desenvolvimento tecnológico possibilitou o surgimento de uma vasta gama de negócios no contexto da economia de plataforma. Como não há uma regulamentação geral sobre o tema, múltiplas legislações podem ser aplicadas aos conflitos que surgem a partir das interações no âmbito digital.

Fernando Tasso relata que as pessoas estão cada vez mais imersas no mundo digital e que o progresso tecnológico impulsionou novas formas de negócios, pautados na indústria 4.0. O principal insumo nessa indústria são os dados pessoais, meio de remuneração no ambiente virtual, em que pese a crença de que os serviços são oferecidos gratuitamente.²²

Barreto Junior (et al.) alertam para os riscos à privacidade e intimidade no cenário da “democracia comunicacional”, pautada na superexposição e no fluxo intenso de emissão e recepção de informações em larga escala. Privacidade e intimidade são direitos fundamentais, portanto cláusulas pétreas, comumente violados no âmbito das plataformas digitais.²³ No mesmo sentido, Frasão e Santos mencionarem que os “data-opólios” não exercem seu poder com a cobrança de preços mais altos dos consumidores, mas com distorções para além do valor pecuniário, afetando a privacidade, autonomia e, até mesmo, a democracia [...]”.²⁴

Em primeiro plano deve-se buscar a compatibilização da dignidade humana e dos direitos de personalidade nos diversos espaços de interação social. Em se tratando de lesão praticada nos ambientes virtuais, Queiroz e Souza sugerem

²² TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Jan-Mar/2020. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf?d=637250344175953621. Acesso em: 24 Set. 2020.

²³ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. Direito, Estado e Sociedade. ISSN 1516-6104. n.52, p. 114-133, Jan/Jun 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835/502>. Acesso em: 24 Set. 2020.

²⁴ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: Necessário Diálogo entre o Direito da Concorrência e a Regulação dos Dados. Revista Direito Público, Brasília, Volume 17, n. 93, 58-81, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695/Fraz%C3%A3o%3B%20Santos%2C%202020>. Acesso em: 30 Jul. 2021, p. 62.

a utilização metodológica da escola do direito civil-constitucional, que impõe a leitura do sistema da responsabilidade civil em favor da pessoa humana, orientada à efetivação dos princípios e valores constitucionais na ordem privada.²⁵

Sobre a colisão entre liberdade de expressão e violação de direitos de personalidade, Queiroz e Souza enfatizam que a ordem jurídica deve buscar a melhor proteção da vítima em face dos danos injustos. A retirada de conteúdo ilegal das redes sociais não seria propriamente uma afronta à liberdade de expressão, que deve ser exercida dentro de limites, sob pena de responsabilidade civil.²⁶

Faustino e Fujita discutem a possibilidade de responsabilizar os provedores por conteúdos ofensivos à privacidade e imagem, criando um ambiente de segurança jurídica e liberdade de expressão no cenário das relações digitais. Para tanto, o desenho legislativo deve considerar a interação entre o aspecto jurídico e a realidade técnica desse ambiente.²⁷

Segundo Queiroz e Souza essas violações, em geral, têm tramitação de longo prazo junto ao Poder Judiciário, o que revela a ineficácia dos meios para resolver os dilemas do mundo digital. Os autores ressaltam que as ofensas praticadas por meio de redes sociais se disseminam rapidamente, porém, levam décadas para serem resolvidos.²⁸

Felix Maultzsch aponta para a necessidade de se estabelecer uma responsabilidade adequada em reação aos operadores de plataforma, a fim de proteger os usuários e criar condições justas de concorrência em relação aos fornecedores tradicionais de bens e serviços.²⁹

²⁵ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61–8a2, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 24 Set. 2020.

²⁶ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61–82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 24 Set. 2020.

²⁷ FAUSTINO, André; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. O princípio da inimputabilidade da rede e a remoção de conteúdo dos provedores de aplicações de internet. *Revista Jurídica Cesumar*. e-ISSN: 2176-9184, set/dez. 2017, v. 17, n. 3, p. 809-829. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5965/3092>. Acesso em: 23 Set. 2020.

²⁸ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61–82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 24 Set. 2020.

²⁹ MAULTZSCH, Felix. Contractual liability of online platform operators: European proposals and es-

Para Riefa e Clausen a responsabilização das plataformas seria justificada pelo fato de que desempenham um papel fundamental em proporcionar acesso às divulgações, bem como porque são elas que definem regras de divulgação aos usuários. No âmbito da publicidade nas relações de consumo, por exemplo, deveriam ser criadas interfaces que facilitassem a divulgação de endossos por influenciadores e afiliados, o que auxiliaria a construção de um ambiente de confiança.³⁰

Diante das múltiplas abordagens e dos diversos instrumentos normativos que incidem sobre os conflitos que surgem pela utilização das plataformas digitais, verifica-se a dificuldade em criar uma regulação uniforme.

No Brasil, cabe ao Marco Civil da Internet (MCI) regular a relação entre plataformas e usuários.³¹ O MCI se propôs a estabelecer uma tutela no ambiente virtual, levando em consideração as características estruturais, a arquitetura da rede e o exercício das liberdades por parte dos usuários.

Faustino e Fujita usam a expressão “inimputabilidade da rede” para se referir à irresponsabilidade dos provedores de internet por possíveis ilícitos gerados por terceiros, salvo quando, por meio de decisão judicial, se omitirem em excluir o conteúdo ofensivo. O argumento por traz da norma é que os provedores de aplicação apenas proporcionam o meio para as interações com os consumidores, possuindo uma inimputabilidade relativa, já os provedores de conexão teriam inimputabilidade absoluta.³²

Nesse sentido, verifica-se o teor do artigo 18 do MCI que assim dispõe: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.”³³ Porém, com relação aos provedores de aplicação a normativa tem previsão legal diferente, como será demonstrado adiante.

ublished principles. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3074301. Acesso em: 24 Set. 2020.

³⁰ RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencers’ Marketing Practices. *Journal of European Consumer and Market Law* L. 64 (2019). Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.kluwer/jeucml0008&div=18&start_page=64&collection=kluwer. Acesso em: 19 Jul. 2020.

³¹ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 Set. 2020.

³² FAUSTINO, André; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. O princípio da inimputabilidade da rede e a remoção de conteúdo dos provedores de aplicações da internet. *Revista Jurídica Cesumar*. e-ISSN: 2176-9184, set/dez. 2017, v. 17, n. 3, p. 809-829. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5965/3092>. Acesso em: 23 Set. 2020.

³³ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 26 jul. 2021.

A Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrônico prevê, em seu artigo 14, que o servidor (prestador de serviço) não será responsabilizado por informação armazenada a pedido de um destinatário quando não tenha conhecimento efetivo da ilegalidade ou, quando tendo conhecimento, atue para excluir o conteúdo ou para impossibilitar acesso a ele. A previsão é complementada pelo artigo 15 que exime os servidores do dever de vigilância geral sobre as informações que transmitem ou armazenem.³⁴ As plataformas podem, portanto, invocar a Diretiva para se eximir de responsabilidade, sob o argumento de que atuam simplesmente como intermediárias no fornecimento de serviços de hospedagem aos consumidores.

Na União Europeia o legislador entendeu pela não responsabilização quanto às informações armazenadas no site. Nesse sentido, ao julgar conflitos envolvendo marketing de influenciadores digitais, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem isentado as plataformas de responsabilidade, desde que atuem como operador econômico diligente.³⁵

No âmbito da responsabilização das plataformas, Queiroz e Souza apresentam três modelos distintos: a) o modelo americano, que reconhece o provedor como mero intermediário, sem responsabilidade, salvo quando não retira conteúdos que violam direitos autorais; b) o da responsabilidade objetiva, baseada no risco de atividade ou no defeito da prestação dos serviços; e c) o da responsabilidade civil subjetiva, quer esteja baseado na inércia do provedor após ciência do conteúdo ilegal ou no descumprimento de ordem judicial específica.³⁶

No Brasil, adotava-se a tese da responsabilidade objetiva, mas, com a vigência do MCI, segundo o seu artigo 24, o provedor só pode ser responsabilizado subjetivamente, quando deixar de atender decisão judicial ou não retirar conteúdo de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, após ser notificação pelo participante ou seu representante legal³⁷. O artigo 19, por sua

³⁴ UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, 8 de junho de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 30 Jul. 2020.

³⁵ RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices. *Journal of European Consumer and Market Law* L. 64 (2019). Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.kluwer/jeucml0008&div=18&start_page=64&collection=kluwer. Acesso em: 19 Jul. 2020.

³⁶ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61–82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

³⁷ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 26 jul. 2021.

vez, traz a possibilidade da plataforma ser responsabilizada civilmente por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiro se, após ordem judicial específica, não adotar nenhuma medida para tornar indisponível o conteúdo considerado como impróprio³⁸.

Diante das práticas cada vez mais agressivas, surge a necessidade de proteção legislativa específica que permita ao usuário um controle mínimo quanto às suas informações pessoais. No cenário do direito digital, os marcos regulatórios não se restringem ao campo das normas jurídicas porque as plataformas possuem normas próprias para aplicar sanções aos usuários consumidores que violem as políticas de uso.³⁹

Segundo Pasqualotto e Brito, há que se ter cuidado com certas armadilhas preparadas pelo fornecedor, como, por exemplo, o bombardeio constante de mensagens publicitárias e a obtenção camuflada de informações pessoais do consumidor por meio das redes sociais e cadastros aparentemente inofensivos.⁴⁰

Queiroz e Souza evidenciam a necessidade de discutir se os mecanismos de responsabilidade civil apontam soluções adequadas ao confronto entre direitos fundamentais como a intimidade e vida privada e a liberdade de expressão. Deve prevalecer a responsabilidade objetiva, baseada no risco, ou a responsabilidade subjetiva do MCI é a mais adequada? ⁴¹

Fernando Tasso defende que, no âmbito da Lei Geral de proteção de Dados (LGPD)⁴², a atividade dos agentes de tratamento está baseada nos pressupostos da responsabilidade subjetiva, justificando seu posicionamento no fato de que o tratamento regular consiste em uma obrigação de resultado e não de meio, bem como na circunstância de que decorre do descumprimento de um dever legal enunciado na própria LGPD, entre os quais estão a prevenção e a

³⁸ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 26 jul. 2021.

³⁹ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*. ISSN 1516-6104. n.52, p. 114-133, Jan/Jun 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835/502>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴⁰ PASQUALOTTO, Adalberto; BRITO, Dante Ponte de. Regime jurídico da publicidade nas redes sociais e a proteção do consumidor. *FIDES*, ISSN 2177-1383, Natal, v. 11, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/452>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴¹ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61–82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴² BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 24 Set. 2020.

segurança, como forma de mitigar incidentes envolvendo dados pessoais.⁴³

Verifica-se a prevalência da tese de responsabilidade civil subjetiva, tanto no âmbito do MCI quanto da LGPD, a despeito de argumentos em sentido contrário. Essa tese, no entanto, vai de encontro ao movimento de objetificação da responsabilidade em razão dos riscos que as tecnologias impõem à sociedade.

Portanto, doutrina e jurisprudência se deparam com novas formas de riscos e são instadas a oferecer respostas para solucionar as demandas que surgem no campo da responsabilidade civil. Diante desse cenário, Queiroz e Souza criticam a modificação introduzida pelo MCI porque a medida “cria uma proteção intensa para as sociedades empresárias que exploram redes sociais e reduz o grau de proteção que já vinha sendo fixado pela jurisprudência brasileira para os usuários da internet.”⁴⁴

Verifica-se que, no âmbito das relações de consumo, inclusive no que concerne ao tratamento de dados pessoais, a responsabilidade civil deve ser enquadrada como objetiva nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Fernando Tasso menciona que a relação entre os microsistemas do CDC e da LGPD é de continência, ou seja, diante da violação de direito do consumidor deve-se atribuir o que melhor atenda à sua defesa.⁴⁵

Pasqualotto e Brito abordam o poder de influência que a elaboração de perfis dos consumidores pode acarretar à **medida em que as empresas direcionam** anúncios aos frequentadores de redes sociais, fazendo com que a aquisição de bens de consumo seja elevado exponencialmente.⁴⁶

Almeida destaca que, diante da relação de consumo entre usuário e plataforma (cuja atividade se enquadra no art. 3º do CDC), deve haver solidariedade em face dos danos causados aos consumidores, com fundamento nos art. 7º,

⁴³ TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Jan-Mar/2020. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf?d=637250344175953621. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴⁴ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61-82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴⁵ TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Jan-Mar/2020. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf?d=637250344175953621. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴⁶ PASQUALOTTO, Adalberto; BRITO, Dante Ponte de. Regime jurídico da publicidade nas redes sociais e a proteção do consumidor. FIDES, ISSN 2177-1383, Natal, v. 11, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/452/466>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

§ 1º e art. 25, § 1º do CDC. Por outro lado, a responsabilidade que decorre da relação entre fornecedor direto e plataforma deve ser investigada caso a caso, diante da diversidade de configurações que essas relações podem apresentar.⁴⁷

A tecnologia das plataformas digitais evidencia a necessidade de proteção do usuário diante de novas estratégias de marketing, elaboradas a partir do histórico de dados do navegador, que traça um perfil do usuário consumidor e aperfeiçoa o direcionamento de publicidade. Barreto Junior (et al.) enfatizam que deveria ser assegurado aos usuários o direito de navegar na *web* sem que os *softwares* traçassem seus perfis, cuja utilização tem se revelado bem mais ampla do que para fins publicitários.⁴⁸

No campo da proteção à privacidade o MCI prevê que é vedado o fornecimento de dados pessoais a terceiros, inclusive registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (Art. 7º, VII da Lei 12965/2014). A privacidade também é apresentada como fundamento na Lei Geral de Proteção de Dados (art. 2º, I da Lei 13.709/2018).

O tratamento de dados pessoais impulsiona diversas atividades econômicas, por isso, a regulação do setor deve preservar a autodeterminação informativa permitindo um fluxo informacional adequado e buscando afastar a obtenção de perfis para práticas discriminatórias ou que, de algum modo, dificultem o legítimo exercício de direitos por parte do titular.

Segundo Almeida a responsabilidade das plataformas está alicerçada na violação do dever originário de confiança (art. 4º, III, art. 7º e art. 51, IV, CDC), intimamente ligado à boa-fé objetiva, princípio basilar das relações jurídicas de consumo. Uma vez violado esse dever, surge a possibilidade de reparação pelos danos.⁴⁹

Barreto Junior (et al.) ressaltam a dificuldade de se encontrar uma solução perfeita para o dilema entre segurança e liberdade no âmbito das relações digitais, porém, enfatizam a necessidade de garantir um equilíbrio mínimo entre privacidade e acesso a dados privados dos usuários na internet, ainda que me-

⁴⁷ ALMEIDA, Alvimar Virgílio de. Defesa do consumidor na economia compartilhada: a questão da responsabilidade civil. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22836/2/Alvimar%20Virg%C3%ADlio%20de%20Almeida.pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴⁸ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. Direito, Estado e Sociedade. ISSN 1516-6104. n.52, p. 114-133, Jan/Jun 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835/502>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁴⁹ ALMEIDA, Alvimar Virgílio de. Defesa do consumidor na economia compartilhada: a questão da responsabilidade civil. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22836/2/Alvimar%20Virg%C3%ADlio%20de%20Almeida.pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

diante consentimento destes.⁵⁰

Pasqualotto e Brito asseveram que as políticas de privacidade nas plataformas são verdadeiros contratos de adesão, cujas cláusulas autorizam o uso de dados pessoais para fins comerciais. Apesar de reconhecerem que certas plataformas passaram a adotar meios mais eficientes que possibilitam ao consumidor negar consentimento para receber publicidade, apenas uma pequena parcela detém conhecimento para utilizar esses mecanismos de exclusão.⁵¹

Queiroz e Souza discutem o argumento de defesa, em geral utilizado pelos provedores nas ações que pretendem a retirada de conteúdo, ao alegar que não dispõem de **mecanismos tecnológicos necessários para a exclusão**. No entanto, parece contraditório, se os termos e condições de uso das redes sociais, entre os quais o Facebook, consta a previsão de retirada de conteúdo considerado ofensivo a qualquer momento, baseado em análise unilateral e discricionária do provedor.⁵²

Fernando Tasso acentua os desafios para modelar os contornos jurídicos das novas espécies contratuais intermediadas pelas plataformas digitais, como os contratos de transporte e os contratos coligados de serviços prestados pela Internet, por exemplo. A revisitação das regras de responsabilidade civil possibilitará encontrar os critérios adequados a respeito de quem deve ressarcir os danos provocados nos espaços virtuais.⁵³

Para Queiroz e Souza a solução mais adequada seria a responsabilização solidária dos provedores por conteúdo ofensivo postado por terceiros, com fundamento na proteção à pessoa. Deste modo, consideram que o Marco Civil da Internet, nesse aspecto, representa um retrocesso social.⁵⁴

⁵⁰ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*. ISSN 1516-6104. n.52, p. 114-133, Jan/Jun 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835/502>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁵¹ PASQUALOTTO, Adalberto; BRITO, Dante Ponte de. Regime jurídico da publicidade nas redes sociais e a proteção do consumidor. *FIDES*, ISSN 2177-1383, Natal, v. 11, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/452>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁵² QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61–82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁵³ TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Jan-Mar/2020. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf?d=637250344175953621. Acesso em: 30 Jul. 2021.

⁵⁴ QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito*,

Assim, percebe-se que o tema é tortuoso, inexistindo um consenso na doutrina, posto que são muitos os desafios da regulamentação das plataformas digitais, especialmente quando se pensa na questão sob a ótica da responsabilidade civil.

Considerações finais

Não há como negar que as plataformas virtuais são importantes ferramentas modernas de impulsionamento da economia, porém, é necessário buscar o equilíbrio entre progresso econômico, avanço tecnológico e a tutela dos direitos dos usuários que navegam na internet diariamente. Problemas relacionados à privacidade e a autodeterminação são cada vez mais comuns e desafiam os juristas a encontrar soluções mais efetivas para questões cada vez mais complexas.

Ademais, ainda não há uma definição clara sobre o mecanismo que deve ser adotado para regulamentar as plataformas virtuais, e com isso, elas próprias acabam estabelecendo seus termos de uso e impondo aos usuários condições que nem sempre são as mais favoráveis. Em virtude disso, o presente estudo demonstra que a autorregulamentação não aparenta ser a melhor via para coibir danos, vislumbrando-se a correção como uma opção para melhorar a articulação, execução e evolução de políticas, da legislação, de desenvolvimento de normas, levando em conta os interesses de um conjunto maior de pessoas.

A lentidão do Judiciário em apreciar pedidos envolvendo ofensas à direitos de personalidade por meio das plataformas digitais faz com que parcela da doutrina encare as alterações promovidas pelo Marco Civil da Internet como um retrocesso, tendo em vista a necessidade de demonstrar o descumprimento de ordem judicial para a retirada do conteúdo ofensivo, o que potencializa os riscos de danos irreparáveis a que o usuário está submetido.

No cenário das relações de consumo digitais, o uso de dados sem o consentimento dos consumidores também é considerado prática ilícita, apesar dessa conduta ser constantemente adotada pelos fornecedores como forma de aperfeiçoar as estratégias publicitárias e melhorar o desempenho e a lucratividade das empresas, ainda que, para isso, tenham que violar a privacidade e comprometer o direito de autodeterminação dos consumidores.

Deste modo, tem se tornado acirrados os debates sobre a melhor forma de responsabilização das plataformas, inclusive com incentivos para que possam lidar adequadamente com os custos das externalidades e com a preservação da

integridade e dos direitos fundamentais dos usuários.

Portanto, afastar a responsabilidade das plataformas dificulta a efetivação da tutela de direitos individuais e coletivos. A adoção da responsabilidade solidária no mercado de compartilhamento pode favorecer o desenvolvimento de ferramentas mais concretas para a defesa e preservação dos direitos dos usuários.

Referências

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*. ISSN 1516-6104. n.52, p. 114-133, Jan/Jun 2018. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/835/502>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 jul. 2021.

FAUSTINO, André; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. O princípio da inimizabilidade da rede e a remoção de conteúdo dos provedores de aplicações da internet. *Revista Jurídica Cesumar*. e-ISSN: 2176-9184, set/dez. 2017, v. 17, n. 3, p. 809-829. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5965/3092>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

FINCK, Michéle. Digital Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy. LSE Law, Society and Economy Working Papers 15/2017, London School of Economics and Political Science Law Department. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990043 Acesso em: 30 Jul. 2021.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: Necessário Diálogo entre o Direito da Concorrência e a Regulação dos Dados. *Revista Direito Público*, Brasília, Volume 17, n. 93, 58-81, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695/Fraz%C3%A3o%3B%20Santos%2C%202020>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

LIMA, Marcos Francisco Urupá Moraes de; VALENTE, Jonas Chagas Lucio. Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v.16, n.1, maio2020. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

MACHADO, José Mauro Decoussau. MENEGUETTI, Pamela Gabrielle. A responsabilidade civil dos intermediários na economia do compartilhamento. In: Economias do compartilhamento e o Direito. Editora Juruá, 2017, 388p. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Economias_do_compartilhamento_e.pdf#page=22 Acesso em: 26 jul. 2021.

MASSENO, Manuel David. Como a União Europeia procura proteger os cidadãos consumidores em tempos de Big Data. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. ISSN 1981-3694, v. 14, n. 3 / 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/41708/pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

MAULTZSCH, Felix. Contractual liability of online platform operators: European proposals and established principles. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3074301. Acesso em: 30 Jul. 2021.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Acesso em: 26 jul. 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto; BRITO. Dante Ponte de. Regime jurídico da publicidade nas redes sociais e a proteção do consumidor. FIDES, ISSN 2177-1383, Natal, v. 11, n. 1, Jan/Jun 2020. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/452>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

QUEIROZ, João Quinelato de; SOUZA, Eduardo Nunes de. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet na perspectiva civil-constitucional. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. e-ISSN: 2526-0049. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61-82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4684/pdf>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices. Journal of European Consumer and Market Law L. 64 (2019). Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.kluwer/jeuclm10008&div=18&start_page=64&collection=kluwer. Acesso em: 19 Jul. 2020.

SCHOR, Juliet. "Debating the sharing economy" In Great Transition Initiative. Disponível em: <http://www.greattransition.org/publication/debating-the-sharing-economy>. Acesso em: 26 jul. 2021.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 97-115, Jan-Mar/2020. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_1_interface_entre_a_lgpd.pdf?d=637250344175953621. Acesso em: 30 Jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação,

em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, 8 de junho de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

CAPÍTULO 12

A REPARAÇÃO INTEGRAL AO CONSUMIDOR PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Lucas Abreu Barroso¹

Lúcio Moreira Andrade²

1 Introdução (ambiência e método)

A sociedade hodierna, erigida sobre o paradigma da pós-modernidade,³ dá-se em ambiente pluralista e complexo⁴ - fragmentário e líquido, em outras percepções -⁵, bem nos moldes engendrados a partir do momento histórico em que emergiram as massificações da economia, dos meios de comunicação e da produção - em suma, do processo globalizatório.

Na cadência deste tempo, boa parte do qual transcorrido sob os espectros do século XX, em que as novidades, as mudanças e as profusões de ideias passaram a ser uma constante torrente, em velocidade jamais observada pela civilização humana - não à toa, cem anos conhecidos como interesting times⁶ (tempos interessantes) -, o paradigma moderno é posto em xeque. Afinal, o seu traço peculiar, a ideia de uma razão universalizante⁷ que pode entender e que, por isso, controlar todos os fatos do real, bem como todos os efeitos deles oriundos, restou superado - sobretudo quando confrontado com o fenômeno dos riscos, cujo cerne escapa àquela lógica linear-reducionista e dissipa a tenacidade

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Privado na Universidade Federal do Espírito Santo. Líder do Grupo de Pesquisa "O Direito Civil na pós-modernidade jurídica". Advogado.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Grupo de Pesquisa "O Direito Civil na pós-modernidade jurídica". Advogado.

³ AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-62.

⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 45.

⁶ Cf. HOBBSAWM, Eric. *Interesting times: a twentieth-century life*. 2. ed. Londres: Abacus Book, 2003. *passim*.

⁷ AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade, p. 66, nota 2.

do “indelével” axioma de uma “necessária” relação de causa e de consequência⁸.

Neste contexto, há que se dizer que mesmo as chamadas ciências naturais, fundadas sob a égide do pensamento científico-racionalista moderno – e, portanto, da lógica mecanicista – passaram a percebê-los, assumindo de plano a imprevisibilidade e a incerteza como fatores a eles inerentes⁹, por mais que se possa admitir a possibilidade de preveni-los e de mitigá-los quando identificados a priori, ademais de aceitá-los como uma constante onipresente, ainda que, muitas vezes, em estágio de latência.

Diante desta novel configuração social – uma “sociedade de consumidores”¹⁰ – o consumismo, muito mais que um fenômeno contemporâneo e que uma “tendência” a consumir, como o mais das vezes é encarado pelo senso comum, torna-se condição sine qua non para o êxito da produção industrial e da prestação de serviços, alimentando a lógica do “desenvolvimento” capitalista. Afinal, não são as engrenagens das linhas de produção, sempre em movimento, e os serviços incessantemente prestados que permitem o “crescimento” das economias mundiais?

Por este mesmo ângulo, o recrudescimento da matriz geradora de riscos, impulsionada pela ampliação dos mercados e das tecnologias, tornou-se uma realidade com a qual se deve inelutavelmente conviver. Afinal, diante do impulso inovador que embala o consumo – melhor dizendo, o consumismo –, seria acertado dizer que todos os produtos e serviços foram produzidos ou disponibilizados obedecendo-se a rigorosos e seguros padrões que não permitem que se coloque em risco a incolumidade psicofísica do consumidor?

Nessa perspectiva, na quadra contemporânea, o consumismo toma corpo, forma e frente como o principal combustível das relações sociais¹¹, habitando todos os espaços da vida¹², de maneira que o mero ato da compra extrapola os liames e os limites das necessidades humanas, vertendo-se à realização de sonhos rotos, de ideologias passageiras e de urgências hedonistas¹³, como se todos os amores do mundo fossem produtos em gôndolas de supermercado; a felicidade, um novo remédio disponível nas melhores farmácias, como versões reais, em comprimidos ou em gotas, de uma porção da droga soma¹⁴; a liberda-

⁸ BECK, Ulrich. *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. Tradução de María Ángeles Sabiote González e Yago Mellado López. In: DOCUMENTOS CIDOB: dinámicas interculturales, 8. Barcelona: CIDOB Ediciones, 2007. p. 12.

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 43-45.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, p. 71.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, p. 76.

¹² BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 19.

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ No universo do romance distópico *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley (em inglês, *Brave*

de, não mais “uma palavra que o sonho humano alimenta”¹⁵, mas a distinção entre aqueles que podem ou não entrar na Disneylândia¹⁶; e o prazer, por fim, o último lançamento tecnológico “designed in California, assembled in China”¹⁷.

A partir destas condicionantes, assimiladas por uma sociedade mergulhada em uma “cultura” consumista¹⁸, cuja insatisfação de seus membros motiva a depreciação e a desvalorização dos bens consumidos pouco depois de terem sido promovidos ao universo dos desejos dos consumidores¹⁹, é possível se falar em uma potencialização exponencial dos riscos, cuja característica primordial consiste em atingir a todos de maneira igual e indistinta – democrática, em outra acepção²⁰.

Essa nova realidade, inerente a uma sociedade de “consumidores consumistas”, carrega consigo o alargamento das fontes dos riscos, ocasionando, por consequência, a materialização de múltiplos danos, que, embora presumíveis em determinadas situações, acabam sendo inauferíveis e imensuráveis em outras²¹. Esta ambivalência impõe optar pelos tipos de riscos que serão ou não foco da prevenção e/ou da precaução²², valendo mencionar que, quase sempre,

New World), publicado originalmente na Inglaterra no ano de 1932 pela Chatto & Windus, a *soma* é uma espécie de droga sintética produzida em laboratórios de alta tecnologia comumente distribuída pelo próprio Estado mundial. Em virtude de seus efeitos alucinógenos, tranquilizantes e/ou estimulantes, sua função primordial é a de manter o povo feliz, satisfeito e produtivo. No original, cf. HUXLEY, Aldous. *Brave new world*. New York: HarperCollins Publishers, 2006. No vernáculo, HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2014.

¹⁵ Alusão aos versos do Romance XXIV ou da bandeira da inconfidência, em *Romanceiro da Inconfidência*, de Cecília Meireles: “(Antiguidade de Nîmes / em Vila Rica suspensas! / Cavalo de La Fayette / saltando várias fronteiras! / Ó vitórias, festas, flores / das lutas da Independência! / Liberdade - essa palavra / que o sonho humano alimenta / que não há ninguém que explique, / e ninguém que não entenda!)” (MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2012. p. 91).

¹⁶ Alusão à letra da canção *Disneylandia*, em versão original de Arnaldo Antunes e dos Titãs e versão em Língua Espanhola de Arnaldo Antunes e de Jorge Drexler. Cf. ANTUNES, Arnaldo; DREXLER, Jorge. *Disneylandia*. In: DREXLER, Jorge. *12 segundos de obscuridad*. Madrid: Warner Music Latina, 2007. 1 CD. Faixa 4. Disponível em: <<https://www.letras.com/jorge-drexler/797713/>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

¹⁷ Alusão à recorrente inscrição feita nas embalagens dos aparelhos produzidos pela Apple Corps. Ltd., que, no vernáculo, significa “desenhado na Califórnia, montado na China”.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, p. 41.

¹⁹ *Ibidem*, p. 64.

²⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 43.

²¹ CERRI, Alberto. O amianto e os problemas para o consumidor. *Ecycle*: sua pegada mais leve. São Paulo, 08 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ecycle.com.br/component/content/article/35/479--o-amianto-e-os-prob-lemas-para-o-consumidor.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

²² Para uma autorizada crítica sobre o tema: DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza*. Tradução de Lília Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011. p. 125

os interesses mercadológico-financeiros atuam nesta delimitação técnica, afastando o consumo da associação a um fenômeno de risco por instinto próprio de autopreservação sistêmica. Na verdade, esta preocupação é postergada até o momento em que emerge o dano.

A proteção da pessoa humana, ante os incessantes riscos e as novas modalidades de danos que efluem da complexificação da sociedade de consumo, sob o ângulo do direito, **tem encontrado abrigo na responsabilidade civil. A legislação consumerista, apesar de sua especialidade, tem se demonstrado incapaz de corresponder às demandas de reparação integral dos danos, inclusive os provenientes do fato do produto e do serviço.**

Resta inobservável uma ampla tutela da incolumidade psicofísica do consumidor no âmbito dos danos oriundos de situações envolvendo fato do produto e do serviço, cuja reparação atem-se, quase exclusivamente, à esfera patrimonial e «moral» da vítima, o que se extrai de uma simples análise doutrinária, bem como das recorrentes decisões dos tribunais País afora²³.

Parece isso ignorar as particularidades moldadas em casos concretos quanto aos danos decorrentes dos acidentes de consumo, vez que suas implicações extrapatrimoniais podem ir muito além da esfera “moral” (anímica), como exemplo, o dano psíquico, o dano estético, o dano à saúde etc.²⁴

Com caráter revisional, doutrinário e jurisprudencial, este ensaio dá vida a pesquisa que se perfila na senda crítico-metodológica²⁵, de maneira a tomá-la como seu substrato de referência. Alicerça suas bases do pensamento jurídico crítico, particularmente no que cerca a concepção da construção problematizada do Direito²⁶, alinhando-se aos novos parâmetros cognitivos demandados pela multifacetariedade da realidade social. Assim, quanto ao seu desenvolvimento, busca-se trabalhar pelo ângulo da vertente jurídico-sociológica²⁷, assumindo a necessidade de confrontação do fenômeno e do conhecimento jurídico tradicional por meio da transdisciplinaridade, interconectando o direito a outras áreas do conhecimento.

Pretende-se a decomposição do problema jurídico em seus diversos aspectos e níveis, intencionando-se sua análise no contexto de uma construção dialético-dialógica, perpassando a vereda jurídico-interpretativa, de maneira a

e ss.

²³ BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 94, p. 87-112, jul. 2014. *passim*.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91-95.

²⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 22.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

se chegar ao apontamento analítico com que estas linhas se pretende.

2 A pós-modernidade e a sociedade de consumo (ou, o tempo do aqui e do agora)

A pós-modernidade gravita em torno de um conceito extremamente ambíguo e indeterminado²⁸, como um mantel de concepções diversas, postas e sobrepostas, feito colcha de retalhos, cosidas entre si pela concepção de “crítica e desconstrução da modernidade estética e científica que marcou a primeira metade do século XX”²⁹.

Trata-se de um tempo em que as certezas e as incertezas deixam de ser meras questões de prefixo; estado em que a forma de pensar perde o compasso da linearidade; momento em que são questionadas as “noções clássicas de sistema único, de razão totalizadora, identidade e objetividade, progresso ou emancipação universal, próprias do iluminismo»³⁰.

Em perspectiva histórico-social trata-se de um “novo tempo”, que se permite à **sucessão de aproximados duzentos anos de Modernidade, compreendidos** entre a metade do século XVIII e a metade do século XX³¹. Suas principais características são a pluralidade e a complexidade hauridas da revolução técnica, da mundialização da economia e da massificação dos meios de comunicação³².

Em termos paradigmático a pós-modernidade sustenta-se sobre a perda crescente da certeza como axioma fundamental³³. A ideia de uma razão universal, alicerce do pensamento sistemático, formalista, lógico e dedutivo, dissipa-se frente à necessidade de apresentar soluções concretas para problemas reais, já não mais bastando em si mesmas soluções ficto-formais. Daí dizer-se da emergência de um pensamento crítico, problemático e transdisciplinar³⁴.

No nível das relações sociais, exsurge como característica da pós-modernidade o consumo como força-motriz do trato e dos vínculos interpessoais³⁵, realizando não apenas em lugares específicos, mas preenchendo todos os espaços da vida quotidiana: trabalho, lazer e família³⁶, a título exemplificativo. Qual o fundamento disso? A assunção de objetos-simulacro - os produtos voltados ao

²⁸ AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade, p. 61.

²⁹ *Ibidem*, p. 62.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10.

³² AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade, p. 63.

³³ *Ibidem*, p. 76.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, p. 41.

³⁶ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*, p. 27.

consumo - como a própria encarnação da felicidade³⁷.

Dá a afirmação de que o homem desta sociedade de consumidores encontra seu fundamento de validade segundo o tempo dos objetos a que manipula (ou a que se subjugava, passando a ser ele também, indivíduo, manipulável [objeto])³⁸: aquele existe segundo o ritmo e em conformidade com a sucessão destes³⁹. Com efeito, a lúcida assertiva de que o ato de comprar, antes, em uma sociedade de produtores, uma singela manifestação de consumo, extrapola, na atual sociedade de consumidores, os limites da necessidade humana, prestando-se à realização de sonhos e de ideologias.

Segundo Bauman, trata-se o consumismo de

um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, 'neutros quanto ao regime', transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de projetos de vida individuais.⁴⁰

Para este autor, o consumismo aparece quando o "consumo assume o papel-chave"⁴¹ na vida social - papel este que, à época da sociedade de produtores, era exercido pelo trabalho.⁴² De uma maneira geral, trata-se o consumo de uma característica, uma ocupação dos seres humanos como indivíduos; o consumismo, a seu turno, assume um atributo amplo, uma característica enquanto sociedade⁴³ - talvez a marca não apenas de uma geração ou algumas gerações, mas de um tempo ou de um era inteira.

No tempo em que o consumo, sob as vestes do consumismo, torna-se o propulsor das relações interpessoais, substituindo o locus que na sociedade sólido-moderna de produtores⁴⁴ era ocupado pelo trabalho, a regra parece ser a do excesso e a do desperdício⁴⁵. Assim, a obsolescência programada, por exemplo, reveste-se do mote de que "novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos"⁴⁶. O motivo para isso? Uma

³⁷ *Ibidem*, p. 21.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadoria, p. 70.

³⁹ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*, p. 15-16.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadoria, p. 41.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadoria, p. 41.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 45.

irremediável busca pela felicidade terrena, “instantânea e perpétua”⁴⁷ - uma felicidade “agorista” e “apressada”⁴⁸.

Ao antigo e ao démodé não resta espaço - importam o novo design, as novas funcionalidades e as novas promessas de regozijo. O último modelo do mercado esgarça-se ao primeiro toque, parecendo mais importar a disponibilidade do produto em pré-venda. Busca-se assim, na pós-modernidade, a felicidade na realização de “necessidades” que nunca se achegam, que nunca se aquietam e que nunca se conformam - na verdade, mais importante é o volume e a intensidade dos desejos sempre crescentes, o que, por sua vez, implicam «o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la[s]»⁴⁹.

O esforço para se atender às demandas do mercado em uma economia pulsante, faz nascer diuturnamente novos produtos, novos designs e novas técnicas, e com eles, os riscos inerentes à **atividade industrial e à prestação de serviços** aumentam de maneira exponencial a possibilidade de causar danos.

3 Risco: da previsibilidade inerente à imprevisibilidade constante

Em aspectos amplos, a matização do fenômeno dos riscos à luz da sociedade de consumo assume feições muito diferentes dos riscos fabris e profissionais observados no século XIX e na primeira metade do século XX⁵⁰. Se atualmente se pode conceber a ideia de que os riscos constituem uma tendência global, capaz de atravessar fronteiras nacionais, produzindo uma nova dinâmica social e política, gerando “ameaças globais supranacionais e independentes de classe”⁵¹, àquela época, nem tão distante, o comportamento dos riscos era local e possivelmente controlável - previsível, em outra acepção.

Na sociedade de consumo os riscos fazem-se permanentemente presentes, sobretudo em razão das “necessidades” por que demandam os mercados globais. Não raras vezes, um produto ou serviço é lançado indo diretamente ao encontro do consumidor, sem que sua formulação, estrutura, funcionamento, resistência etc. tenham sido aferidos de maneira exaustiva segundo normas e padrões recomendados. Tais produtos e serviços não oferecerão, por óbvio, a segurança que o consumidor deveria legitimamente deles esperar⁵².

⁴⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁵⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, p. 16.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 358.

Seguindo-se essa lógica do “desenvolvimento”, não deveriam causar espanto as manchetes de jornais quando noticiam que telefones celulares explodem enquanto têm suas baterias carregadas⁵³, computadores que podem queimar os dedos de seus usuários⁵⁴, avisos de recall para mais de trezentos mil automóveis em virtude de “airbags mortais”⁵⁵ ou de “guilhotinas de dedo”⁵⁶, ou ainda de sachês de ketchup com pelos de roedores acima do “limite tolerado”⁵⁷ e de produtos congelados que podem conter cacos de vidro⁵⁸.

Deste contexto de risco, analisado ao abrigo do consumismo, é que se levantam as questões atinentes ao fato do produto e do serviço, também denominados acidentes de consumo, nas relações consumeristas.

4 O dano e a responsabilidade

Viver na sociedade pós-moderna de consumo implica conviver com riscos. Estes, muitas vezes, convertem-se em danos, cuja reparação de natureza patrimonial e extrapatrimonial encontra chancela pelo instituto da responsabilidade civil. A seu respeito, algumas considerações precisam ser tecidas.

⁵³ Cf. CELULAR de última geração da Samsung explode e provoca danos no valor de 4.400 reais (*sic*) em hotel. *VEJASP*, São Paulo, 8 set. 2016. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/blogs/pop/2016/09/08/galaxy-note-7-explode/>>. Acesso em: 13 nov. 2016. E ainda, cf. MULLEN, Jethro; KIM, Jung-eun. Samsung halts production of troubled Galaxy Note 7 phone. *CNN Money International*, [s.l.], 10 out. 2016. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2016/10/09/technology/samsung-galaxy-note-7/index.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁴ SONY faz recall sobre superaquecimento em notebooks. *G1 - Tecnologia e games*, Rio de Janeiro, 30 maio 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/06/sony-faz-alerta-sobre-superaquecimen-to-em-notebooks-vaio.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁵ Cf. HONDA faz recall de 325 mil carros no Brasil para trocar “airbags mortais”. *G1 - Auto Esporte*, São Paulo, 10 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/carros/noticia/2016/06/honda-faz-recall-de-325-mil-carro-s-no-brasil-para-trocar-airbags-mortais.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016. Mais comedida, a página na internet da companhia responsável pela fabricação dos automóveis avisa sobre o recall. Cf. HONDA convoca proprietários dos modelos Fit e City para a substituição preventiva do insuflador do *airbag* do motorista. *Honda: The Power of Dream*, São Paulo, 02 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.honda.com.br/noticias/honda-convoca-proprietarios-dos-modelos-fit-e-city-para-substituicao-preventiva-do-0>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁶ Cf. COSENTINO, Marcelo. Os recalls mais escabrosos dos últimos tempos. *Car and Driver*, São Paulo, 21 jan. 2012. Disponível em: <<http://caranddriverbrasil.uol.com.br/noticias/mercado/os-recalls-mais-escabrosos-dos-ultimos-tempos/1185#>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁷ Cf. PROIBIÇÃO de lotes de *ketchup* da Heinz com pelo de rato começa a valer hoje. *Uol*, São Paulo, 20 ago. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/20/proibicao-de-lotes-de-ketchup-da-heinz-com-pelo-de-rato-comeca-a-valer-hoje.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁵⁸ Cf. NESTLÉ faz recall de produtos congelados que podem conter vidro nos EUA. *Brasil Econômico*, São Paulo, 11 mar. 2016. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2016-03-11/nestle-faz-recall-de-produtos-congelados-que-podem-conter-vidro-nos-eua.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

É inegável que a responsabilidade civil, enquanto modalidade de obrigações «que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios»⁵⁹, experimentou uma grande evolução ao longo do século XX - ganhando novos contornos, inclusive, para além de uma função reparadora, também de funções dissuasória e sancionatória⁶⁰.

Além disso, não se deve olvidar o considerável decaimento da ideia de subjetividade diante da objetividade enquanto critério de valoração da determinação da responsabilidade, passando-se, por conseguinte, ao aumento exponencial de sua utilização em virtude de novos diplomas legais que excluíram a culpa como pressuposto do dever de reparar, sendo certamente o mais lembrado deles o Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, apesar da evolução do referido instituto ao longo do século XX, há que se ressaltar a sua perda de efetividade como meio para se alcançar a devida reparação à(s) vítima(s). A responsabilidade civil oscila quando exigida pelos problemas concretos da sociedade pós-moderna de consumo, em especial no Brasil, vez que se atém às reparações nas esferas moral e patrimonial da vítima, o que não coaduna com a necessidade de reconhecimento de novos tipos de danos extrapatrimoniais.

Para Viney, apud Schreiber, com o desgaste de uma concepção materialista do direito, pode-se falar na matização de

danos completamente novos, seja pela sua origem, seja pela sua amplitude - os acidentes de toda natureza que atingem o homem e o seu ambiente em razão do desenvolvimento da indústria, dos meios de transportes, da difusão de produtos complexos e perigosos, da exploração de energias mais ou menos bem controladas, etc.⁶¹

Constata-se, por oportuno, que esta expansão quantitativa tem ocorrido em todo o mundo, na medida em que novos interesses, sobretudo os de ordem

⁵⁹ A respeito, interessante a distinção feita por Fernando Noronha: “Vamos designar de *responsabilidade negocial* a obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais. Em contraposição, falaremos em *responsabilidade civil em sentido estrito*, ou *técnico*, ou ainda em *responsabilidade civil geral*, para referir às obrigações que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios; assim, esta responsabilidade abrangerá os danos causados a pessoas que não estavam ligadas ao lesante por qualquer negócio jurídico e também aqueles que, embora causados a alguém ligado ao lesante por um contrato ou por um negócio jurídico unilateral, ainda sejam resultados da violação de deveres gerais superiores e preexistentes a esse negócio (e que por isso não devem ser encarados como violação específica dele)” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452-453, destaques do original).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 460 e ss.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 79.

existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis⁶². Como exemplos, sem quaisquer pretensões de exaurimento, tem-se como novas categorias o dano psíquico e à integridade psicofísica⁶³, o dano estético e o dano à saúde⁶⁴.

Muito embora essas novas categorias de danos possam ser observadas de maneira independente e singular quando comparadas aos danos de ordem patrimonial e moral já tradicionais no conjunto da dogmática jurídica pátria, a sua reparação, quando alcançada, ainda encontra solução de forma entrelaçada à figura do dano moral⁶⁵, em um clara distorção restritiva da ressarcibilidade, quando a tendência jurídica é de uma gradual abertura, como se observa nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, «a fim de assegurar reparação mais ampla à lesão dos interesses existenciais»⁶⁶ da pessoa humana.

5 O fato do produto e do serviço e os tribunais brasileiros

Os danos provocados por fato do produto e do serviço também não escapam àquela lógica patrimonial e moral a que tem obedecido o obrigação de reparar. Todavia, seriam todos estes danos única e exclusivamente de ordem patrimonial e moral? Não atingiriam outras esferas da extrapatrimonialidade? A respeito, observada a legislação e da jurisprudência consumerista, cabem algumas considerações.

Como assevera Miragem, a responsabilidade por fato do produto e do serviço

consiste no efeito de imputação ao fornecedor de sua responsabilidade em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção ou fornecimento de produtos ou serviços, determinando seu dever de indenizar a violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo.⁶⁷

É dizer, “quando o produto ou o serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente dele esperar”⁶⁸, afastando-se do que a dou-

⁶² *Ibidem*, p. 81.

⁶³ Cf. BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo, *passim*.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 87.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 101-102.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, p. 358.

⁶⁸ *Ibidem*.

trina consumerista denomina teoria da qualidade⁶⁹.

Quais critérios - “filtros”, em outra acepção - caracterizam tal situação e ensejam a reparação? A conduta, o dano, o nexo de causalidade e o defeito⁷⁰, em uma lógica semelhante ao clássico delineamento objetivo da responsabilidade civil.

Não obstante a existência de um molde a colmatar os pressupostos da reparação por fato do produto e do serviço, a maneira como é encarada pelos tribunais brasileiros também não escapa à lógica da tutela das esferas patrimonial e moral. Destarte, ainda que novos danos, sobretudo de natureza extrapatrimonial, venham à tona como afirmação de acidentes de consumo, são diminutas as possibilidades de sua reparação integral.

6 O entendimento do superior tribunal de justiça

Em julgado do ano de 2014, prolatado pela Quarta Turma, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de recurso especial, constatando danos nitidamente originados de fato do produto, posicionou-se de maneira favorável ao deferimento de valores pecuniários como forma de reparar dano estético - assim dito e expressamente mencionado no acórdão -, causado em razão de ferimentos sofridos por vítima de acidente automobilístico, cuja causa se deu pelo não acionamento de dispositivo automático de segurança do veículo (airbag).

Entretanto, analisando o RESP nº 1306167/RS segundo a posição doutrinária assumida neste ensaio, o dano estético foi tratado como hipótese de dano moral:

[...] cabível a condenação de montadora de automóveis ao pagamento de indenização por dano moral na hipótese em que o consumidor sofre danos físicos e estéticos em virtude do não funcionamento de dispositivo de segurança do veículo durante um acidente de trânsito. Isso porque tais danos trazem abalos à honra subjetiva e objetiva do proprietário do veículo acidentado.⁷¹

É fácil perceber que o STJ ignorou o dano estético como uma categoria autônoma de dano ressarcível, diversa do dano moral (anímico). Não faltou oportunidade para afirmar em ensaio anterior que,

⁶⁹ *Ibidem*, p. 360.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 363.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1306167/RS. Carmen Vicente Niqel e Renaul do Brasil S/A. 4. T. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/12/2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 05 mar. 2014. (Grifo nosso). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/ita.asp?registro=201101702624&dt_publicacao=05/03/2014>. Acesso em: 11 nov. 2016.

não obstante a designação dano moral à lesão aos direitos extrapatrimoniais seja normalmente utilizada, os danos morais em sentido estrito, na verdade, apenas alcançam os denominados danos anímicos. Não cabe, portanto, reduzir a ideia da reparação por dano extrapatrimonial exclusivamente à figura do dano moral, pois isso permite que se prolifere equivocadamente que a reparação por violação aos direitos da personalidade culmine tão-só no dano moral.⁷²

Em precedente bastante similar, RESP nº 1159867/MG, a Terceira Turma do STJ, em sede de agravo regimental em recurso especial, julgou procedente a reparação por dano moral ao verificar a ocorrência de violação da integridade psíquica do consumidor: “[...] acarreta dano moral a conduta ilícita causadora de violação à integridade psíquica ou moral da pessoa humana de forma mais extensa do que o mero aborrecimento, chateação ou dissabor. Precedentes”⁷³.

Neste caso, observa-se que para os julgadores o dano psíquico está albergado pelo dano moral, não se cogitando do dano psíquico como uma categoria autônoma de dano reparável, e, por isso, merecedora de uma reparação distinta daquela do dano moral (anímico)⁷⁴.

Conclusão propositiva

Pensada nos meandros da sociedade pós-moderna de consumo, a responsabilidade civil, ainda que apresente algumas respostas nos âmbitos patrimonial e moral, não se demonstra habilitada para uma reparação integral das vítimas dos acidentes de consumo, notadamente no que concerne aos danos de índole extrapatrimonial.

Daí que se impõe a transição da responsabilidade civil para a responsabilidade por danos em matéria de fato do produto e do serviço, com lastro nas seis proposições de Frota:

⁷² BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo, p. 100: “Isso demonstra-se problemático por duas razões: a) por dificultar o reconhecimento de novas categorias de danos extrapatrimoniais à personalidade, ao restringir as possibilidades de reparação ao dano moral; e b) por impedir que haja reparação simultânea por incidência de mais de um tipo de dano extrapatrimonial sobre o mesmo evento danoso”. Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 590-591.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp) nº 1159867/MG. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores LTDA e Geraldo Magela Freira e Outros. 3. T. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08/05/2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=20090204479_0&dt_publicacao=14/05/2012>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁷⁴ Vide BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo, p. 102 e ss.

- i) foco na vítima; ii) pressuposto ético na alteridade; iii) rompimento [definitivo] com a ideia de culpa e de dolo; iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; vi) mitigação das excludentes do dever de reparar.⁷⁵

Não há razão para se pretender diferenciar os fundamentos da responsabilização no direito civil e no direito do consumidor. A transição paradigmática proposta atingirá qualquer que seja o campo de atuação ou os interesses juridicamente protegidos pelo dever de reparar.

Referências

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.

ANTUNES, Arnaldo; DREXLER, Jorge. *Disneylandia*. In: DREXLER, Jorge. *12 segundos de obscuridade*. Madrid: Warner Music Latina, 2007. 1 CD. Faixa 4. Disponível em: <<https://www.letras.com/jorge-drexler/797713/>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 94, p. 87-112, jul. 2014.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução de Artur Morão. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2009.

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

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____. *Vivir en la sociedad del riesgo mundial*. Tradução de María Ángeles Sabiote González e Yago Mellado López. In: *DOCUMENTOS CIDOB: dinámicas interculturales*, 8. Barcelona: CIDOB Ediciones, 2007. p. 5-32.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no*

⁷⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 228-229.

REsp) nº 1159867/MG. Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores LTDA e Geraldo Magela Freira e Outros. 3. T. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 08/05/2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 14 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902044790&dt_publicacao=14/05/2012>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1306167/RS. Carmen Vicente Niquel e Renault do Brasil S/A. 4. T. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/12/2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 05 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101702624&dt_publicacao=05/03/2014>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CELULAR de última geração da Samsung explode e provoca danos no valor de 4.400 reais (sic) em hotel. VEJASP, São Paulo, 8 set. 2016. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/logs/pop/2016/09/08/galaxy-note-7-explode/>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

CERRI, Alberto. O amianto e os problemas para o consumidor. Ecyle: sua pegada mais leve. São Paulo, 08 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ecycle.com.br/component/content/article/35/479-o-amianto-e-os-problemas-para-o-consumidor.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

COSENTINO, Marcelo. Os recalls mais escabrosos dos últimos tempos. Car and Driver, São Paulo, 21 jan. 2012. Disponível em: <<http://caranddriverbrasil.uol.com.br/noticias/mercado/os-recalls-mais-escabrosos-dos-ultimos-tempos/1185#>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

DUPUY, Jean-Pierre. O tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza. Tradução de Lília Ledon da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HOBBSAWM, Eric. Interesting times: a twentieth-century life. 2. ed. Londres: Abacus Book, 2003.

HONDA convoca proprietários dos modelos Fit e City para a substituição preventiva do insuflador do airbag do motorista. Honda: The Power of Dream, São Paulo, 02 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.honda.com.br/noticias/honda-convoca-proprietarios-dos-modelos-fit-e-city-para-substituicao-preventiva-do-0>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

HONDA faz recall de 325 mil carros no Brasil para trocar “airbags mortais”. G1 - Auto Esporte, São Paulo, 10 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/carros/noticia/2016/06/honda-faz-recall-de-325-mil-carros-no-brasil-para-trocar-airbags-mortais.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

HUXLEY, Aldous. Brave new world. New York: HarperCollins Publishers, 2006. No vernáculo, HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. Rio de Janeiro: Biblioteca Azul, 2014.

MEIRELES, Cecília. Romanceiro da inconfidência. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MULLEN, Jethro; KIM, Jung-eun. Samsung halts production of troubled Galaxy Note 7 phone. CNN Money International, [s.l.], 10 out. 2016. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2016/10/09/technology/samsung-galaxy-note-7/index.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

NESTLÉ faz recall de produtos congelados que podem conter vidro nos EUA. Brasil Econômico, São Paulo, 11 mar. 2016. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2016-03-11/nestle-faz-recall-de-produtos-congelados-que-podem-conter-vidro-nos-eua.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROIBIÇÃO de lotes de ketchup da Heinz com pelo de rato começa a valer hoje. Uol, São Paulo, 20 ago. 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/20/proibicao-de-lotes-de-ketchup-da-heinz-com-pelo-de-rato-comeca-a-valer-hoje.htm>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SONY faz recall sobre superaquecimento em notebooks. G1 - Tecnologia e games, Rio de Janeiro, 30 maio 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/06/sony-faz-alerta-sobre-superaquecimento-em-notebooks-vaio.html>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CAPÍTULO 13

O TORCEDOR E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO CONSUMIDOR

Felipe Bezerra Menezes¹

Introdução

A discussão traçada neste artigo urge da necessidade de que essa modalidade de relacionamento de consumo, que não obtém o reconhecimento devido, nem pelo Poder Público e nem pelas empresas privadas envolvidas na organização dos eventos ou pelas próprias agremiações desportivas, não se esgote em conjunto com o direito de assistir uma partida de futebol.

O ponto de partida deste artigo tem início quando, a partir do retorno das atividades após o período pandêmico, ocasionado pelo Coronavírus, se apercebe o retorno gradativo de público aos estádios de futebol no Brasil e no mundo.

Sem dúvida no Brasil o futebol é o mais popular entretenimento, assim como no mundo. Isto trata-se da parte cultural no qual molda o esporte futebolístico no Brasil, pois em suas práticas ligadas ao esporte o torcedor além de ir aos estádios tornam-se afiliados de seus clubes e compram pacotes de televisão, para ter direitos a mais benefícios.

Embora essa prática comum não ser atual, ainda são situações práticas que geram bastante dúvida no torcedor.

Muitos destes torcedores que efetivamente estão praticando um relacionamento de consumidor sequer detém o conhecimento de que estão inseridos nesta relação consumerista e, portanto, são tutelados no Código de Defesa do Consumidor. Poucos sabem que, na qualidade de torcedores consumidores, ocupam um dos polos numa relação de consumo, sendo, portanto, elo vulnerável, detentores de direitos previstos na legislação consumerista, como se aperceberá neste artigo. É sobre isso que iremos tratar deste breve artigo.

Todavia, para que possamos, de fato, correlacionar o torcedor, em todas as suas nuances, como consumidores que são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, é mister entender o que é uma relação de consumo, quais as

¹ Advogado e Mestrando em Direito, Professor de Processo Civil e Direito do Consumidor do Jus21, Coordenador da 2ª fase de Civil para OAB e Coordenador da Pós Graduação em Direito do Consumidor do Jus21.

consequências desta relação, bem como os direitos e deveres que os consumidores e fornecedores, respectivamente, devem objetivamente respeitar e oferecer, para que esta relação seja viável, dotada de boa-fé e aprazível aos olhos do bom direito.

Portanto, iniciaremos este breve artigo abordando um pouco sobre as noções básicas do Direito do Consumidor, para, enfim, caracterizarmos a figura do torcedor brasileiro enquadrando-os no papel de consumidores detentores de direitos, de concordância com o Código de Defesa do Consumidor.

1 Conceito de Relação de Consumo e Definição dos Sujeitos Subjetivos

O Código de Defesa do Consumidor² foi introduzido ao direito pátrio pela Lei 8.078/1990³, como fundamento aos mandamentos constitucionais que previam expressamente a criação de instrumentos eficazes de proteção aos consumidores, como se apercebe nos artigos 5º, XXXII⁴ (dispõe que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor) e no artigo 170⁵ (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).

Em concomitância com o Código de Defesa do Consumidor, temos as ambiências que regulam as relações de consumo, bem como as caracterizações de consumidor e fornecedor. Assim, precisamos nos atentar aos princípios base, insculpidos, inicialmente, no CDC que em seu artigo 2º, dispõe:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.⁶

Como já salientamos “não adentraremos nas especificidades e Teorias inerentes ao tema (teoria finalista, maximalista ou do finalismo aprofundado)”⁷, porquê compreendemos que basicamente, que consumidor pode ser entendido como: uma pessoa que adquire produto ou serviço para uso próprio. Então, sem

² BRASIL. **Código Civil do Consumidor**. Brasília, 2002.

³ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

⁴ BRASIL. **Artigo 5, inciso XXXII**. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988.

⁵ BRASIL. **Artigo 170**. Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988.

⁶ BRASIL. **Artigo 2**. Código de Defesa do Consumidor de 1990.

⁷ MENEZES, Felipe. **O torcedor e sua caracterização como consumidor**. Carvalho e Menezes Advogados Associados. 2020.

ir profundamente nas correntes doutrinárias sobre o significado de destinatário final, prevista expressamente no CDC, restringe-se basicamente ao entendimento de Cláudia Lima Marques e Antônio Herman V. Benjamin, defensores da teoria finalista, que assim definem o conceito de “destinatário final” do art. 2º do CDC:

O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção⁸.

Nesta senda, vale, ainda, destacar que a Ministra Nancy Andrighi, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, também sustenta a teoria subjetiva como argumento para definir o conceito de consumidor, afirmando que,

[...] para se concretizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.⁹

Agora, a definição de fornecedor conforme o Art. 3º compreendemos que a pesso física ou jurídica, e entes despersonalizados, são considerados fornecedores quando não apenas vendem um produto, mas também praticam atividades como montagem, criação de produtos e outros¹⁰.

Logo, a relação consumidor e fornecedor em suas bases demonstram que os sujeitos podem ser compreendidos como subjetivos desta relação. Presente no caso em comento, pode ser percebido que por um lado o indivíduo adquire um produto/serviço e, do outro, as partidas de futebol são agenciadas por instituições privadas prestadoras de serviços terceirizados. Portanto, não restam questionamento sobre como as definições do CDC são aplicáveis aos torcedores.

Finda-se, sem questionamentos, que o torcedor ao comprar um ingresso para ir ao futebol, automaticamente, se torna um consumidor como pautado

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Comentários do Código de Defesa do Consumidor. 2ª Ed., São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2006, p. 83-84

⁹ BRASIL. STJ. **Recurso Especial**. REsp 476.428/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 19.4.2005, DJ 9.5.2005, p. 390.

¹⁰ BRASIL. **Artigo 3º da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Código do Consumidor.

no art. 2º do CDC. Já que, o ato de comercialização dos ingressos a realização do evento (podendo ser titulado como prestador de serviços) caracteriza-se a empresa como fornecedora, conforme o artigo 3º do mesmo diploma. O fornecedor pode ser entendido como o clube ou federação, que utilizam da prestação desses eventos constantemente, categorizando-o mais uma vez como prestador de serviços.

Além do mais, quando analisado o processo eventual em si é possível perceber que o evento não se trata apenas na prestação de serviços relacionados a venda de ingressos. Mas também as etapas constituintes, podendo destacar: antes do evento, durante o evento e após o evento.¹¹ Portanto, quando um torcedor adquire um ingresso, afilia-se ao clube ou adquire um pacote televisivo, imediatamente, ele se torna um cliente consumidor que tem direitos sobre o produto ou serviço.

2 Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03) e a Lei Pelé (Lei nº 9.615/98)

A Lei Pelé¹², comumente conhecida como Lei Geral de Desportos¹³, é clara ao disciplinar, em seu art. 42 §3¹⁴, que o indivíduo pagante de evento esportivo, em qualquer meio, iguala-se, ao direito de ter todos efeitos legais, ao consumidor, conforme o que já foi apresentado neste artigo e destacado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Se ainda persistirem dúvidas, mister deixar bem claro o inquestionável enquadramento do torcedor e da atividade desportiva como um todo, como sendo um relacionamento de consumo, tutelada pela norma consumerista.

Se já não bastasse as próprias definições do diploma supracitado, consta de forma expressa no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03), em seu artigo 3º, além do artigo 42, parágrafo 3º, da Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), a mesma ideia de tutela com relação a prestação de serviços, operados por fornecedores esportivos, senão vejamos:

Art. 3º, Lei nº 10.671/03: Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a enti-

¹¹ MENEZES, Felipe. **O torcedor e sua caracterização como consumidor**. Carvalho e Menezes Advogados Associados. 2020.

¹² BRASIL. **Lei nº 9.615/98, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

¹³ BRASIL. **Lei Federal no 10.671, de 15 de maio de 2003**. Estatuto do Torcedor. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências

¹⁴ **Ibd. Art. 42. § 3o da Lei 9.615/1998**. Estatuto do Torcedor. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

dade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.¹⁵

Compreende-se,

Art. 42, §3º, Lei nº 9.615/98: O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990¹⁶.

Percebe-se, claramente, no Estatuto do Torcedor e na Lei Pelé a presença do ordenamento jurídico brasileiro, onde entendemos que surge o papel do torcedor muito a frente das pessoas que são responsáveis pela direção dos jogos. Isto posto, comete-se um erro ao pensarem que há um conflito entre o Estatuto do Torcedor e as normas do Código de Defesa do consumidor. Ou seja, os direitos presentes nos Estatuto do Torcedor na verdade são convergentes com os presentes no CDC, o que não os torna nulos, e, ainda, podem ser compreendidos como uma fonte de complemento, devida a essa troca.

Desse modo, os direitos e garantias que estão implementados no Código de Defesa do Consumidor abrangem aos torcedores, ao direto de proteção equivalente a qualquer outro consumidor. Com isso, podemos destacar que vários espaços dentro do CDC – desde reconhecimento de vulnerabilidade até mesmo proteção contra publicidade enganosa -estão presentes como direito do cliente¹⁷.

É importante destacar, ainda, os vários segmentos dentro do setor futebolístico, tendo como objetivo principal a sustentação dos clubes, sendo o torcedor o principal elemento para arrecadação. Uma vez abordados as características da natureza jurídica da relação em tela, é mister destacar os direitos, deveres e principais problemas que envolvem a atividade esportiva supracitada.

3 Responsabilidade dos Fornecedores

Os fornecedores desses serviços, que tem uma relação de consumo com os torcedores como destacado anteriormente, apresentam a natureza objetiva na apuração de eventuais danos ao torcedor, ou seja, é independente de culpa, assim, ele assume os riscos sob o negócio. Identificam-se, então, como fornecedores: os clubes de futebol e as federações respectivas. Ainda, nessa perspectiva a responsabilidade objetiva pode ter caráter solidária, quando durante a mesma

¹⁵ *Ibd.* Artigo 3 da lei Lei nº 10.671/03. Estatuto do Torcedor.

¹⁶ *Ibd.* Art. 42, §3º da Lei nº 9.615/98. Estatuto do Torcedor.

¹⁷ MENEZES, Felipe. **O torcedor e sua caracterização como consumidor**. Carvalho e Menezes Advogados Associados. 2020.

obrigação existe mais de um responsável por seu cumprimento.

O Professor Fernando Noronha conceitua responsabilidade objetiva como “a obrigação de reparar determinados danos causados a outrem, independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa do responsável, mas que tenham acontecido durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle da pessoa responsável¹⁸.

E para sabermos se ele (o dano) deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos nos colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável¹⁹.

Finaliza-se compreendendo que as condições configuradoras da culpa objetiva, quais sejam o fato, o dano e o nexo de causalidade²⁰, apresentamo-nos frente a danos indenizáveis. Além disso, toda pessoa jurídica, com fins lucrativos ou não, poderá responder pelos danos causados a terceiros, independente, da natureza ou fim. Assim, destaca-se Carlos Roberto Gonçalves, pautado em Caio Mário da Silva Pereira, onde destacamos que “Sobreleva-se a preocupação em não deixar o dano irressarcido. Responde, assim, a pessoa jurídica civilmente pelos atos de seus dirigentes ou administradores, bem como de seus empregados ou prepostos que, nesta qualidade, causem dano a outrem”²¹.

Os brilhantes Nelson Nery Júnior e a Rosa Maria de Andrade Nery, tratando do tema relacionado ao Código de Defesa do Consumidor, assim dispõem:

[...] a norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral de responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada da relação de consumo, sujeita-se ao regime de responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário.” E arremata, “A responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causado ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.”²²

¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito Civil Esquematizado. Parte Geral. Obrigações e Contratos*. 2010, p. 208.

¹⁹ *Ibid.* 2010, p. 499.

²⁰ MENEZES, Felipe. **O torcedor e sua caracterização como consumidor**. Carvalho e Menezes Advogados Associados. 2020.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Vol. 1 - 18ª Edição 2020: Parte Geral: Volume 1**. p.22.

²² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 725

As penalidades podem ocorrer de maneira administrativa ou judicial, podendo ser administrativa ou judicial, sem prejuízo de indenizações e reparações aos consumidores que foram lesados.

Embora muito já se tenha avançado, principalmente após a Copa do Mundo de 2014, aqui no Brasil, que contemplou a modernização dos estádios e inserção da cultura internacional, que está muito mais avançada nesse aspecto, infelizmente, as leis ainda não são obedecidas e é possível perceber várias irregularidades.

De todas as violações, a maior e mais grave é ao próprio Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, ao esgotarmos a análise do Estatuto do Torcedor, por exemplo, percebemos outras séries de violações que merecem ser destacadas.

Uma série de inobservâncias tanto por parte dos clubes, como pelas federações esportivas do Brasil. Como podemos destacar em numeração de ingresso e local correspondentes (artigo 22); a necessidade de aparatos para portadores de necessidades especiais (artigo 13, parágrafo único); o acesso a seguro de saúde, presente no ingresso (artigo 16, III); uma ambulância preparada para cada 10 mil torcedores (artigo 16, IV); alimento e sanitários em boas condições de higiene (artigo 28) e deverá ter câmeras no ambiente. As violações narradas representam apenas uma pequena representação diante de várias outras violações que não praticadas por todos os fornecedores esportivos do Brasil. O que se percebe, no cenário atual, é um verdadeiro descaso com os consumidores brasileiros, desta modalidade de serviços.

4 Entendimentos Jurisprudenciais

Diante das inobservâncias às normas protetivas ao consumidor, facilmente perceptíveis em programas televisivos ou pessoalmente em qualquer um destes eventos esportivos, percebe-se que não há, ao menos de forma adequada, o devido reconhecimento da relação de consumo.

Diante disso, há de se destacar algumas jurisprudências que tratam sobre o tema, caracterizando um marco de mudança neste cenário.

Superadas as dúvidas quanto à tutela do CDC, como já defendemos²³:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ESTATUTO DO TORCEDOR. INGRESSO VENDIDO COM NUMERAÇÃO RELATIVA A ASSENTO INEXISTENTE. VÍCIO NO FORNECIMENTO DO SERVIÇO. RESTITUIÇÃO PARCIAL DO PREÇO PAGO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS

²³ MENEZES, Felipe. **O torcedor e sua caracterização como consumidor**. Carvalho e Menezes Advogados Associados. 2020.

ENVOLVIDOS NO EVENTO. FEDERAÇÃO BRASILENSE DE FUTEBOL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O torcedor se encontra tutelado por legislação específica, consubstanciada no Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003), sem prejuízo da incidência concomitante, em necessário diálogo de fontes, das disposições providas pelo microsistema consumerista.

2. A defesa do consumidor, erigida a direito fundamental, conforme art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, e a princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, V, também da Lei Maior, deve ser facilitada em juízo, de forma que cabe aos prestadores de serviço a comprovação de que não houve o defeito, ou que, diferentemente do que alega o consumidor, o dano apontado não existiu.

3. A atividade reconhecidamente desenvolvida pela recorrente, em conjunto com os demais responsáveis pela realização do evento desportivo, encontra-se amoldada ao conceito de fornecedor, trazido pelo artigo 3º da lei de regência da relação. Sua legitimidade decorre do princípio da solidariedade e do próprio sistema de proteção, fundado no risco-proveito do negócio, consagrado no artigo 7º, parágrafo único, do CDC, sendo evidente que atua, em conjunto com aqueles que produzem e se beneficiam do espetáculo, em regime de parceria, integrando uma mesma cadeia de fornecimento de serviços.

4. Para que se configure a solidariedade entre todos os partícipes do evento desportivo, não se mostra necessário que todos concorram, de forma direta e igualmente decisiva, para a realização do evento. Precedente da Turma . Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

5. Nos termos do artigo 22, II, da Lei 10.671/03, é direito do torcedor ocupar o lugar correspondente ao número constante do ingresso. A inexistência física do assento grafado no ingresso configura evidente falha na prestação, hábil a impor a restituição de parte do valor pago pelos serviços não prestados a contento, na forma bem sopesada pelo prolator da sentença vergastada.

6. Dispensada a perquirição de dolo ou culpa, posto que, à luz do que estatuí o art. 14 do CDC, as instituições fornecedoras de bens e serviços, em razão da teoria do risco do negócio ou da atividade, são objetiva e solidariamente responsáveis pelos danos causados ao consumidor, independentemente da existência do elemento subjetivo.

7. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida, por seus próprios fundamentos.

8. Arcará a recorrente com o pagamento das custas processuais. Sem condenação em honorários advocatícios, ante a ausência de contrarrazões.²⁴

²⁴ BRASIL. TJDF. **Acórdão** n.793491, 20130110820925ACJ. Ementa. Partes litigantes. Relator: Luis Martius Holanda Bezerra Junior^{3º} Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, data de julgamento: 27 mai. 2014, publicado no DJE: 02/06/2014. DJE, 05/06/2014, p. 556.

Também é possível destacar,

JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. CONSUMIDOR. ESTATUTO DO TORCEDOR. JOGO DE FUTEBOL (SANTOS X FLAMENGO). ESTÁDIO NACIONAL DE BRASÍLIA. VENDA DE INGRESSO COM NUMERAÇÃO DE ASSENTO INEXISTENTE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DISTRITO FEDERAL. REJEIÇÃO. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA FEDERAÇÃO BRASILENSE DE FUTEBOL NÃO CONHECIDO. INTEMPESTIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cuida-se de recurso interposto em face da sentença que, resolvendo a ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em desfavor do Distrito Federal, da empresa Ingresso Rápido Promoção de Eventos Ltda., da Confederação Brasileira de Futebol e da Federação Brasileira de Futebol, em razão de venda de ingresso para jogo de futebol sem existência da correspondente cadeira comprada, afastou as preliminares de ilegitimidade passiva suscitadas pelos réus e julgou procedente o pedido inicial para condenar os demandados a pagarem ao autor a quantia de R\$ 80,00, referentes aos danos materiais, e R\$ 3.000,00, a título de danos morais.

2. No presente caso, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Distrito Federal, uma vez que, com base em um conceito amplo de serviço público, considerando de interesse público os jogos de futebol que antecedem a copa do mundo a ser realizada também nesta Capital, foi editada a Lei Distrital nº 5.104, de 02/05/2013, que dispõe sobre medidas relativas à Copa das Confederações da FIFA 2013, à Copa do Mundo da FIFA 2014 e aos demais eventos a elas relacionados, respeitado o disposto na Lei Federal nº 12.663, de 5 de junho de 2012.

3. Ainda, para regulamentar o uso do Estádio Nacional Mané Garrincha, foi editado o Decreto Distrital nº 34.561/2013 que prevê, em seu artigo 3º, que compete à Secretaria Extraordinária da Copa 2014 a administração do mencionado estádio, bem como dos estacionamentos que integram o complexo esportivo, prevendo, ainda, mencionado Decreto, em seu artigo 7º, que, para a utilização do Estádio Nacional de Brasília Mané Garrincha será devido o pagamento de preço público a ser recolhido, por intermédio de Documento de Arrecadação - DAR, em favor do Tesouro do Distrito Federal.

4. Dessa forma, em que pese constar a Terracap como proprietária e financiadora do Estádio Nacional de Brasília, deve ser considerado, in casu, que é o Distrito Federal quem atualmente gere, e vai gerir, o uso do citado estádio durante a Copa do Mundo de 2014 e eventos a ela relacionados, conforme fora regulamentado na Lei nº 5.104, de 02/05/2013 e no Decreto Distrital nº 34.561/2013.

5. Nesse compasso, considerando que o jogo de futebol entre os times Flamengo do Rio de Janeiro/RJ e Santos de Santos/SP, realizado no dia 26/05/2013, no Estádio Nacional Mané Garrincha, foi considerado jogo evento teste da FIFA para a Copa do Mundo 2014 e contou com o envolvimento e participação do Distrito Federal na organização e realização dessa partida de futebol, inclusive, elaborando o Manual do Torcedor (fl. 17) e sendo beneficiado com os valores arrecadados a título de vendas de ingressos, evidencia-se a sua legitimidade para ser acionado judicialmente nos casos que envolvem venda de ingresso com numeração de assento inexistente. Nesse sentido: Acórdão n. 752016, 20130110787645ACJ, Relator: FLÁVIO FERNANDO ALMEIDA DA FONSECA, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 14/01/2014, publicado no DJE: 23/01/2014. Pág.: 1011. Preliminar de legitimidade passiva do Distrito Federal afastada.

6. Incontroversa nos autos a violação ao art. 22 do Estatuto do Torcedor (Lei no 10.671, 15/05/2003.), que dispõe que é direito do torcedor ocupar lugar correspondente ao número constante do ingresso. No presente caso, o recorrido adquiriu ingresso para o jogo Flamengo e Santos que foi realizado no Estádio Nacional de Brasília, entretanto, ao dirigir-se ao assento indicado no ingresso, este não existia, tendo sido obrigado a assistir a partida em pé, situação esta desconfortável e vexatória.

7. Assim, configurada a má prestação do serviço das instituições organizadoras do evento, impõe-se o dever de reparar o ato lesivo. Aliás, os fatos narrados, que num primeiro momento poderiam ser considerados transtornos corriqueiros, decorrentes da vida em sociedade, analisados conjuntamente, revelam dissabores que extrapolam o mero aborrecimento e são capazes de gerar abalo psicológico e violação aos direitos de personalidade do recorrente. Dano moral configurado.

8. Na seara da fixação do valor da indenização devida, mister levar em consideração a gravidade do dano, a peculiaridade do lesado, além do porte econômico dos lesantes. Também não se pode deixar de lado a função pedagógico-reparadora do dano moral consubstanciada em impingir aos réus uma sanção bastante a fim de que não retornem a praticar os mesmos atos. Razoável, pois, a condenação dos réus ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados, no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

9. In casu, a Federação Brasiliense de Futebol protocolizou o recurso quando já ultrapassado o termo final de interposição, pois foi disponibilizada a publicação da sentença recorrida no DJe do dia 25/11/2013 - segunda-feira (fl. 206) e interposto o recurso no dia 09/12/2013 (fl. 219). Assim impõe-se o não conhecimento do seu recurso.

10. Recurso do Distrito Federal conhecido e desprovido. Recurso da Federação Brasiliense de Futebol não conhecido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

11. Condeno os recorrentes ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

12.A súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 46 da Lei n.º 9.099/95²⁵.

Conclusão

Conclui-se, sem maiores dissidências, que o torcedor se apresenta num caráter de consumidor. No entanto, o CDC é ignorado pelas entidades esportivas e clubes, ainda, ocorrendo um descaso também pelos órgãos de fiscalização do Estado, quando não há o cumprimento das normas.

Além deste não reconhecimento da troca mútua de consumo existente, o próprio torcedor, movido pela cultura do brasileiro torcedor envolvido pela paixão ao futebol e ao amor ao clube, não busca saber seus direitos para que haja a denúncia as irregularidades apontadas. Ou seja, não leva a sério os direitos concedidos a ela, já que não deseja ir contra o clube que ama.

Assim como falta do Poder Público uma maior destreza no que corresponde ao seu dever informacional, deixando o torcedor-consumidor bem-informado de seus direitos e dos deveres dos fornecedores, há que se falar também de um trabalho de consciência do próprio torcedor, separando a paixão que possuem por seus clubes e cobrando destes que ofereçam todos os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Torcedor e Lei Pelé. Como já referido no artigo “Torcedor pode ser caracterizado como consumidor?”, conclui-se que,

Outrossim, mesmo que o consumidor ignore os direitos claramente existentes da relação de consumo presente, o ordenamento jurídico atual brasileiro resguarda de forma inquestionável direitos do consumidor torcedor, tendo, o Poder Judiciário e todos que defendem os direitos do consumidor, que aplicar o Estatuto do Torcedor e o próprio CDC em conjunto.²⁶

O torcedor precisa se ver como consumidor frente às instituições organizadoras dos eventos e buscar os seus direitos, não aceitando mais que se perpetue o descaso comumente visto nessas relações de consumo.

²⁵ BRASIL.TJ-DF - **Acórdão** n.787149, 20130110787660ACJ. Relator: Carlos Alberto Martins Filho, Data de Julgamento: 06 mai. 2014, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Publicado no DJE: 12 mai. 2014. p. 267.

²⁶ MENEZES, Felipe. **Torcedor pode ser caracterizado como consumidor? Especialista esclarece**. Revista: Algomais.2020.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; **Comentários do Código de Defesa do Consumidor**. 2ª Ed. São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2006.

BRASIL. **Código Civil do Consumidor**. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. **Artigo 2 da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Código Civil do Consumidor. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. **Lei no 10.671, de 15 de maio de 2003**. Estatuto de defesa do torcedor e legislação correlata. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 3 ed. 2013. Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/estatuto_do_torcedor.pdf. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.615/98, de 24 de março de 1998**. Estatuto de defesa do torcedor e legislação correlata. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 3 ed. 2013. Disponível em: http://arquivo.esporte.gov.br/arquivos/estatuto_do_torcedor.pdf. Acesso em: 20 de jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Artigo 5, inciso XXXII**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Artigo 170**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_170_.asp. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Recurso Especial**: no 20130110820925ACJ. Relator: Luis Martius Holanda Bezerra Junior. Brasília: 02 jun. 2014. p. 556. SISTJWEB, 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.tjus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=793491>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível do Juizado Especial**. no. 0078766-44.2013.8.07.0001. Relator: Carlos Alberto Martins Filho. Brasília: 12 mai. 2014. p. 267. JusBrasil. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118690211/apelacao-civel-do-juizado-especial-acj-20130110787660-df-0078766-4420138070001>. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. no REsp 476.428/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma: 19 abr.2005, p. 390. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19294610/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5-stj> Acesso em: 21 jul. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Editora: Saraiva. vol. 1, 18ª Edição Parte Geral: Volume 1, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENEZES, Felipe. O torcedor e sua caracterização como consumidor. **Carvalho e Menezes Advogados Associados**. 2020. Disponível em: https://carvalhoemenezes.com.br/index.php?p=artigo_detalhe&id=18 Acesso em: 21 jul. 2021.

MENEZES, Felipe. Torcedor pode ser caracterizado como consumidor? Especialista esclarece. **Algomais**.2020. Disponível em: <https://revista.algomais.com/noticias/torcedor-pode-ser-caracterizado-como-consumidor-especialista-esclarece> Acesso em: 21 jul. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 725.

NORONHA, Fernando. **Direito Civil Esquematizado. Parte Geral. Obrigações e Contratos**. Editora: Saraiva ed. 5. 2010.

**MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
DE CONSUMO**

CAPÍTULO 14

AS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS SÃO EFICIENTES COMBINADAS À MEDIAÇÃO?

*Adriano de Freitas Alves*¹

Introdução

A mediação como uma técnica jurídica que promove o diálogo entre as partes tem como principal objetivo chegar a um consenso, que surge com a finalidade de tentar resolver lides que estiverem em sua esfera de atuação².

Este instituto foi regulamentado conforme Lei nº 13.140/15³. Neste mesmo ano, foi publicado o Novo Código de Processo Civil⁴ (CPC), que determina que os Tribunais de Justiça criem, em suas jurisdições, Centros de Mediações, de acordo com o que estabelece o CPC. Corroborando essa determinação, a Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça⁵ (CNJ) dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, regulamenta como deve ser aplicada a mediação nas

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogado, Consultor Jurídico e Mediador Extrajudicial formado pelo Centro de Mediadores do DF, pesquisador, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia Nacional (ESA), Membro das Comissões de Assistência aos Novos Advogados (CEANA), Comissão de Direito do Consumidor (CDC), Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CCMA), Comissão de Direitos Humanos (CDH) e Comissão de Direito de Família (CDF) todas da Seccional da OAB Recife Pernambuco.

² BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 jul. 2021

³ BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁵ BRASIL. Resolução CNJ nº 125 de 29/11/2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 10 jul. 2021

ações judiciais.

Diante do crescente número de litígios no Brasil envolvendo o Direito do Consumidor⁶ ⁷, faz-se necessária a observação sobre as proteções existentes, que têm por objetivo dirimir estes problemas. Isto porque a resolução de conflitos por meio da mediação se mostra uma técnica eficiente e eficaz quando aplicada às demandas consumeristas.

Tendo em vista estes pressupostos, esta pesquisa buscou verificar estas normas para uma mediação justa e autônoma, utilizando como metodologia a análise de doutrina, jurisprudências, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei 8.078/90, o Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Mediação e a Resolução nº 125 de 2010 do CNJ, bem como a verificação dos conceitos de consumidor, fornecedor e mediação de conflitos.

Desse modo, esta pesquisa teve como objetivo principal verificar a aplicabilidade destas normas para uma mediação justa e com autonomia, além de prezar pelo equilíbrio de poder necessário à **materialização eficiente nas resoluções** das lides na autocomposição.

Para tanto, os elementos teóricos utilizados nesta pesquisa serão apresentados a seguir.

1 Modelos de mediação

Em termos teóricos, a mediação corresponde a uma nova ordem social, a uma nova estrutura de valores norteadores do ideal de justiça, típica de uma nova era, marcada pela consciência social. A mediação é um método extrajudicial de resolução de conflitos, em que uma terceira pessoa, o mediador, escolhido pelas partes envolvidas no conflito, atua como facilitador da interação e do diálogo entre as partes⁸. Em outras palavras, a facilitação na interação entre as partes conta com a ajuda de um terceiro, que é o mediador⁹.

⁶ MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Flávia de Carvalho; TIMM, Luciano Benetti. A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para resolução de conflitos. **Revista Gralha Azul**, v. 1 ago/set. 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/40338175/2.+GA_0016.pdf/f4d88ba0-63c8-d98e-7196-ce683b2a36ac. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁷ Conforme dados da Justiça em números (2020), o número de ações judiciais de conflitos de consumo foi 20.669.278 novos processos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justiça-em-Números-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁸ **IMA. Instituto de Mediação e Arbitragem**. Conceito de mediação. [2021]. Disponível em: <http://www.imapr.com.br/conceito-de-mediacao/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

⁹ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 13 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 4. Disponível em: <http://www>.

No art. 139, do Código de Processo Civil, especificamente no inciso V¹⁰, fica clara a importância da mediação para o novo modelo judicial brasileiro, numa incessante busca para devolver a autonomia das partes, na esperança de que haja uma desobstrução do Poder Judiciário, que diz que o Juiz deve: “Promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

A mediação de conflitos possui caráter confidencial e utiliza a participação ativa e direta das partes, podendo ser judicial ou extrajudicial¹¹. No primeiro caso, a mediação é realizada por um mediador judicial, indicado pelo Poder Judiciário¹². Para se tornar mediador judicial, é preciso ser graduado há pelo menos dois anos, em qualquer área de formação, conforme dispõe o art. 11 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), tendo como princípio a neutralidade.

Já na mediação extrajudicial, as partes elegem e contratam uma pessoa com *expertise* no assunto tratado, que conduz o processo de mediação observando as leis e os costumes, para que dite a solução que julgue adequada ao caso de forma eficaz, econômica e sigilosa¹³.

Por outro lado, o Código de Processo Civil (CPC), em seus artigos 165¹⁴ até 175¹⁵ regulamenta a implementação dos meios de solução alternativa para os conflitos na via judicial, dispondo sobre a forma, os princípios, as hipóteses de cabimento, dentre outras informações necessárias, tornando os meios alternativos importantes, devendo ser, a todo o tempo, incentivada pelos juízes, defensores públicos, advogados e até pelas próprias partes.

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹⁰ JUSBRASIL. .Inciso V do Artigo 139 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28895365/inciso-v-do-artigo-139-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015>. Acesso em: 25 jul. 2021.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 13 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Art. 4. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹² Resolução 125 do CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso 30 jul. 2021.

¹³ MIGALHAS. Entenda a diferença entre mediação judicial e extrajudicial. 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/257520/entenda-a-diferenca-entre-mediacao-judicial-e-extrajudicial>. Acesso 25 jul. 2021

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

Outra disposição legal que fornece a ideia da extrema importância dessa promoção autocompositiva pelo Judiciário é o Artigo 334¹⁶, que dispõe sobre a audiência de mediação ou conciliação, considerando que a sua marcação deverá ser um dos primeiros atos realizados pelo Juiz no processo.

A mediação pode ser exercida por qualquer pessoa que procure se capacitar para tanto, mas requer algumas habilidades específicas, como alto poder de negociação e capacidade de ouvir¹⁷. De fato, trata-se da tendência do mundo moderno, já que permite que a resolução de conflitos se dê de maneira muito mais rápida e econômica.

Assim, o não comparecimento à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com fixação de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa¹⁸.

Neste modelo de mediação, há maior ênfase nos aspectos pedagógico e psicológico do que o próprio acordo em si¹⁹.

2 (Des) equilíbrio de poder nas relações de consumo

Quando nos referimos a **i** desequilíbrio de poder nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a norma jurídica que tem por objetivo restabelecer a ordem consumerista diante de qualquer desequilíbrio e desigualdades que venham a ocorrer nas relações de consumo.

As demandas entre consumidor e fornecedor são inúmeras e englobam um vasto número de áreas, que recebem a tutela na relação de consumo, como: saúde, habitação, alimentação, vestuário, transporte, educação, segurança, etc.²⁰. Historicamente, estes desequilíbrios nas relações de consumo surgiram com a Revolução Industrial²¹.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. [2015] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Art 334, § 8º. do CPC/2015. Institui o Código de Processo Civil. Art 334, § 8º. do CPC/2015. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

¹⁹ YAZBEK, Vania Curi. Mediação transformativa e a justiça restaurativa. **MEDIARE**. [2021]. Disponível em: <https://mediare.com.br/mediacao-transformativa-e-justica-restaurativa/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁰ Referência do SINDEC que indique as áreas de reclamação habituais nas relações de consumo

²¹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. *In*: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando

Conforme ilustra Carlos Alberto Bittar²²:

O desequilíbrio nas relações de consumo se engrandece à medida que se destaca o papel impulsor da publicidade que, “aliada aos meios de comunicação, em sistema de interdependência recíproca, cria, sedimenta e impõe hábitos, costumes e necessidades, levando as pessoas à ampliação de sua comunicação, em sistema de interdependência recíproca, cria, sedimenta e impõe hábitos, costumes e necessidades, levando as pessoas à ampliação de seu circuito negocial.

A publicidade também contribui para estes desequilíbrios, com propagandas enganosas e abusivas, fragilizando ainda mais a relação de consumo. O CDC, neste quesito, vem coibindo fortemente estas atitudes:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa...

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza...

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão...

§ 4º (Vetado)²³

A respeito do desequilíbrio nas relações de consumo, pontua Rafael P. Assumpção Júnior:

Nestas inúmeras transgressões, que ofendem os direitos fundamentais da pessoa humana e da própria sociedade, habita a vulnerabilidade, a debilidade, a subordinação estrutural do consumidor frente ao fornecedor, evidenciando o desequilíbrio desta relação²⁴.

Outro instituto que remete a refletir sobre formas abusivas bilaterais que fazem com que a relação contratual, na maioria das vezes, recorra ao CDC, é a figura do contrato de adesão.

Del Rio (orgs.). **Relações de consumo**: meio ambiente. Caxias do Sul, RS: Educus, 2009. 232 p.: il. 21 cm.

²² CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha. Relativamente ao desequilíbrio nas relações de consumo: Os contratos de Adesão e a Defesa do Consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 29, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1992, p. 238.

²³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso 30 jul. 2021.

²⁴ ASSUMPÇÃO JUNIOR, P. Rafael. O código de defesa do consumidor e o desequilíbrio nas relações de consumo. *jusNavigandi*, mar. 2015. Elaborado em jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37434/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-o-desequilibrio-nas-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 10 jun. 2021

Segundo Maria Helena Diniz, no que diz respeito aos contratos de adesão²⁵:

Os contratos de adesão, “constituem uma oposição à ideia” de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida em seus termos.

Este é um tipo de contrato que, apesar da maioria das pessoas não estarem muito familiarizadas com ele, o mesmo está muito presente nas relações cotidianas. Por exemplo, ao firmar algum contrato em alguma plataforma digital, ou quando instala-se um aplicativo ou ao fazer uma conta de *e-mail*, está sendo firmado um contrato de adesão.

O que não se sabe é que, por trás daquele “**concordo**” com as cláusulas do contrato, para passar a condição de usuários daqueles produtos oferecidos, o indivíduo está diante de um contrato de adesão. As cláusulas que ali figuram já estão prontas e impostas à figura do contratante, a esperar a confirmação do contratado, podem ser importantes ferramentas em uma futura ação na justiça contra os usuários, que talvez possam precisar da proteção estatal.

Estes contratos, devidos às suas cláusulas abusivas, têm demandado muitas ações cíveis na justiça comum e nos juizados especiais.

O CDC traz a seguinte situação relacionada ao contrato de adesão:

Em seu art. 54, § 3º determina: “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”, ora, observa-se na prática, contratos com letras pequenas e duvidosas, de maneira diversa do estipulado pelo legislador, não acarretando em princípio sua nulidade, desde que não traga ônus excessivo para o consumidor²⁶.

Se forem constatadas cláusulas vexatórias, leoninas, que desrespeitem a relação contratante/contratado, elas serão classificadas como abusivas e sujeitas ao não cumprimento do texto ao qual elas se referem. Elas ferem o princípio da boa-fé e equidade.

É fato que as grandes empresas que fornecem qualquer tipo de serviço ou produto tenham diversas demandas na justiça comum, devido a problemas

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.367.

²⁶ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso 30 jul. 2021

diversos. A imposição de contas abusivas ou produtos com vícios ou defeitos não sentem, em seu faturamento, estas despesas, que poderiam vir a sofrer quando sucumbem contra um pequeno número de consumidores. O número de ações é mínimo, frente à quantidade de seus faturamentos em reais por ano. Isto evidencia de maneira clara que este desequilíbrio é aparente.

3 Vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor

Os abusos e o excesso do mercado podem afastar consumidores potenciais e, como se sabe, o bom atendimento e a satisfação do cliente para com o comércio e com a indústria são fundamentais para o crescimento econômico de qualquer empresa²⁷.

Foi aprovado na Câmara dos Deputados o texto base da mudança do sistema do cadastro positivo²⁸ que é um histórico do seu comportamento de crédito. Ele reúne informações sobre como você quita suas contas, levando em consideração sua pontualidade e sua conduta como pagador de boletos²⁹.

Na prática, todos os cerca de 200 milhões de consumidores brasileiros, mesmo sem concordar com isso, serão inseridos nos bancos de dados de crédito. A partir daí, todas as suas informações de pagamento serão a eles remetidas para o permanente cálculo do *score*, que será o fator determinante no cálculo do risco para empréstimo e quaisquer outras relações de crédito com consumidores.

Quem pedir para sair do cadastro será presumido mal pagador e não obterá empréstimos. Terá, inclusive, dificuldades para abrir ou manter contas em bancos e para ter cartões de crédito. Informações valiosíssimas para o mercado serão gratuitamente colocadas à disposição das empresas, contra a vontade de seus titulares e visando lucro. Estas e outras propostas que tramitam no Congresso Nacional vêm a todo instante fomentar a instabilidade e a vulnerabilidade do consumidor.

Vejamos o que houve com as empresas depois que a reforma trabalhista foi aprovada. Mais trabalhadores e menos direitos. Os polos foram invertidos. Aquele trabalhador que possivelmente tinha seu direito lesado deve ter muito cuidado ao litigar por um direito seu que talvez seja duvidoso. Isso pode acarre-

²⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

²⁸ BRASIL. **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Câmara conclui votação sobre cadastro positivo; projeto vai ao Senado. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552290-camara-conclui-votacao-sobre-cadastro-positivo-projeto-vai-ao-senado/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

²⁹ Disponível em: https://www.serasa.com.br/ensina/aumentar-score/cadastro-positivo-como-funcao/?gclid=EAlalQobChMIwsuopGO8glVggiRCh07kwlCEAYASAAEgldPfd_BwE. Acesso 31 jul. 2021.

tar ao pagamento de custas caso venha a ser sucumbido e ainda ser enquadrado como litigante de má fé. A primeira impressão quando se observa estes números é que se vive a cultura do litígio. Porém, se for realizada uma análise mais minuciosa, será observado o contrário.

Em 2012, o CNJ apresenta os 100 maiores litigantes³⁰, onde os municípios são os que ajuizaram mais ações na Justiça Estadual, seguidos dos bancos e enquanto réus nos Juizados Especiais Cíveis. As instituições financeiras lideraram, seguidas das empresas de telefonia.

Agora, será apresentado um pouco a respeito do outro polo da relação de consumo: o famoso fornecedor, que vem a completar a relação consumerista.

Segundo o CDC, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços³¹.

Estes vícios ou defeitos³² vão desde uma falha na matéria prima, ou a mera demora na entrega ou, até mesmo, o recebimento de coisa diversa.

Devido ao grande número de pessoas envolvidas nessas demandas, é basicamente impossível que todos estes litígios sejam resolvidos de maneira instantânea por um sistema judiciário comum, que seja célere e 100% eficiente.

Desse modo, surge a mediação, como um procedimento consensual de resolução de conflitos, de maneira eficaz, sem perdedores ou ganhadores. O binômio ultrapassado, onde todos perdem e todos ganham, dá lugar a uma relação ganha-ganha, porém, com um diferencial: eu escuto você, e você me escuta. Tudo intermediado por um terceiro, fora da lide, o mediador. Surge de maneira eficaz e eficiente um facilitador, um terceiro que satisfaça a vontade de ambos.

O artigo 2º do CDC define como consumidor: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.» Ao definir o conceito de consumidor, percebe-se que tanto as pessoas físicas como as jurídicas podem se enquadrar neste conceito. Os direitos difusos são espécies do gênero direito coletivo, juntamente com o direito coletivo em *strictu sensu* e os direitos individuais homogêneos. Neste direito difuso, não existe uma relação jurídica e sim uma relação fática, é o fato pelo qual identificamos os mesmos interesses difusos, que estão em uma relação em que podemos associar ao di-

³⁰ BRASIL. CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **100 Maiores litigantes**. 2012. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 22 jul. 2021

³¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 3º. [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

³² Os defeitos são tratados nos arts. 12 a 14 e os vícios nos arts. 18 a 20 do Código de Defesa do Consumidor.

reito do consumidor, inclusive como consumidores por equiparação.

O art. 17 do CDC determina que **seja equiparado a consumidor o terceiro em uma relação de consumo, isto é, “todas as vítimas do evento danoso” ocorrido no mercado de consumo, ou seja, todos aqueles que não participaram da relação de consumo, não adquiriram qualquer produto ou contrataram serviços, mas sofreram alguma espécie de lesão e merecem a proteção do Código de Defesa do Consumidor como se consumidores fossem, invocando a proteção dos arts. 12 e 14 do mesmo dispositivo legal**³³.

Até agora, buscou-se refletir sobre o consumidor como pessoa física, situação mais comum nas demandas consumeristas. Porém, não se pode esquecer que consumidor como sendo Pessoa Jurídica também pode figurar no polo passivo como consumidor. Existem algumas particularidades e entendimento sobre este instituto que serão analisadas a seguir de maneira mais detalhada, trazendo entendimentos de doutrinas e tribunais superiores com relação à pessoa jurídica. Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a proteção delas que dizem que:

A vulnerabilidade da pessoa jurídica deverá ser demonstrada no caso concreto. Assim, à luz da jurisprudência do STJ, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo (premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor)³⁴.

O ‘acesso à justiça’ é um elemento de legitimação do Estado, também é por consequência um representativo da ampliação da rede e dos discursos de poder, mesmo que o acesso à justiça seja mais simbólico que fático³⁵. Houve, assim, a ideia que as disputas poderiam ser habilmente resolvidas pelo poder judiciário, o que se mostrou com o tempo impossível. Assim, seria possível dizer que as variáveis demandas/ofertas da jurisdição crescem em velocidades incompatíveis.

³³ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Art. 17º. [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2021. Acesso 31 jul.2021.

³⁴ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-navisao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/principio-da-vulnerabilidade-do-consumidor-1/vulnerabilidade-da-pessoa-juridica>

³⁵ Utiliza-se o termo simbólico na acepção utilizada por Neves, assim, o simbólico cumpre a função de oferta a ‘falsa’ percepção subjetiva por parte dos sujeitos de referência que lhe seriam dados os bens civilizacionais, mesmo que de fato, sua realização seja precária. NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

4 Aplicação da mediação de conflitos nas demandas consumeristas

Na Resolução 125 de 2010³⁶, o CNJ se comprometeu em ofertar as bases para a promoção de uma política pública descentralizada, porém, coordenada pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS.

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos têm outras atribuições, como propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para colaborarem com o Poder Público.

É importante frisar que aqui, não está sendo falado de desjudicialização, que seria o processo de incentivo para não acessar o caminho do judiciário, como uma maneira pela qual este fomento fosse diminuído gradativamente, e ao uso da mediação extrajudicial, arbitragem e procedimentos nos Cartórios, que, apesar da natureza estatal da outorga, é um serviço explorado pelo particular, a quem chamamos parajudicial.

Considerando essa perspectiva, haveria uma transformação do papel do Estado na gestão dos litígios, que, para efeitos e pressupostos deste trabalho, outros autores sociais participariam na gestão da justiça. No caso, também se considera que há o deslocamento do modelo adjudicatório estatal, em que o conflito é resolvido pelo juiz, para um sistema de justiça dialogal, no qual vários agentes estatais e/ou não participam da gestão e promoção da resolução dos conflitos.

Considera-se que haja uma virtuosidade, ou não, nesse processo. Haveria sim, uma grande carga política e de legitimação de novas práticas de poder. Por um dado momento da história, ser gestor dos conflitos sociais era necessário para a afirmação da soberania estatal, e continua a ser. Porém, hoje, parte dos conflitos já retornou para a resolução privada, sendo o Estado um ‘braço’ para lhe garantir efetividade.

Para que se possa direcionar a mediação de conflitos na resolução de demandas consumeristas, é fundamental conhecer o tipo específico de conflito para apontar qual será a solução a ser apresentada. Quando se encontra vícios do produto, na entrega, cobrança indevida, dentre outros, o método de resolução desses conflitos está nas esferas da via privada, da via administrativa e da via judicial.

A mediação privada é outro instrumento de resolução de conflitos pelas câmaras privadas e na escolha de um mediador. Como visto anteriormente, isto pode terminar esbarrando na vulnerabilidade do consumidor como estudado.

³⁶ BRASIL. **Resolução CNJ n° 125 de 29/11/2010**. [2010]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 22 jul. 2021.

Existe, também, a plataforma *on-line* de ouvidorias privadas, que geralmente são feitas pelos próprios fornecedores, deixando a neutralidade de lado e vindo a modernizar as soluções em um tipo de mediação proativa das empresas, ou por terceiros, que criam plataformas, *e.g.*, como o método do sítio Mercado Livre ou o sítio Reclame aqui (afeta basicamente a imagem das empresas). Atualmente, as Redes Sociais nos ajudam também a encontrar soluções que resolvam estas demandas. Porém, elas não são especializadas nas áreas de proteção ao consumidor.

Pelas vias administrativas, há plataformas como, por exemplo, o sítio www.consumidor.gov.br. Estas são neutras e conseguem de maneira virtual promover as conversas entre fornecedores e consumidores. Porém, a maneira mais prática e utilizada pelos consumidores são os PROCONs, que são práticos e rápidos e também conseguem resolver litígios por meio da mediação.

Ainda, pode-se resolver os conflitos nos cartórios de registros e notas do Brasil, como preconiza o provimento 67/2018 do CNJ³⁷.

Por último, cabe destacar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS), que são as vias judiciais de resolução de conflitos espalhadas por todo Brasil. Eles podem atuar na fase pré-processual, antes da instauração do processo litigioso ou em qualquer tempo. Há as vias litigiosas nos juizados especiais cíveis ou na justiça comum. Estas últimas vêm juntando esforços para que sejam pouco usadas.

A seguir, serão apresentados os conflitos de caráter social e não mais interpessoais como ilustra Fabiana D'Andrea Ramos³⁸:

Os conflitos aqui não seriam decorrentes de uma falha no sistema de produção em massa, mas sim derivados de políticas de mercado dos fornecedores contrárias (em choque, portanto) à política pública (de origem constitucional) de defesa do consumidor. O título exemplificativo poderia mencionar os casos de políticas de marketing dirigido às crianças, que se choca com a proibição da publicidade abusiva; ou o uso de cláusulas sabidamente abusivas em contratos de adesão, como os contratos bancários e de saúde; ainda, políticas de ocultação de informação importantes para a preservação da saúde e segurança dos consumidores, como no caso da indústria do tabaco; práticas de assédio ao consumo dirigido a idosos, como acontece na oferta de crédito consignado; ou ainda, mais

³⁷ Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil. Art. 2º Os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro serão facultativos e deverão observar os requisitos previstos neste provimento, sem prejuízo do disposto na Lei n. 13.140/2015.

³⁸ D'ANDREA RAMOS, Fabiana. Por uma adequada resolução dos conflitos de consumo. **Boletim de notícia Conjur**. 25 abr. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/garantias-consumo-adequada-resolucao-conflitos-consumo>. Acesso em 22 jul.2021.

concretamente, podemos mencionar o escândalo dos carros a diesel, produzidos pela Volkswagen, que intencionalmente desenvolveu um *software* que enganava a análise de emissão de gases poluentes, lesando os consumidores e o meio ambiente.

Estes conflitos envolvendo estas demandas em específico não devem ser tratadas de forma privada e sim por outras vias, já que cuidam da qualidade e segurança do mercado de consumo, ou seja, a proteção.

Aqui, surgem as agências reguladoras que, segundo Fabiana D'Andrea Ramos³⁹:

É muito importante lembrar que a mediação ou a negociação coletiva podem ser utilizadas nesse contexto. Resguardadas a necessária imparcialidade do mediador e voluntariedade dos mediando, essa via se apresenta como uma opção excelente para, ao mesmo tempo, impactar positivamente o mercado de consumo e evitar a judicialização. Essa opção, no entanto, infelizmente não tem sido fomentada tal qual a mediação para conflitos interpessoais.

Garantir padrões de qualidade e segurança não é uma tarefa fácil. Além de haver um grande número de consumidores potenciais, que estão sempre na mira de grandes fornecedores, que os necessitam para fazer girar a famigerada máquina do consumo e considerando que nem sempre as coisas são harmonizadas, é uma tarefa árdua.

Administrativamente, há a Senacon e sua plataforma muito bem estruturada como uma valiosa ferramenta nas demandas do Direito do consumidor. Dentro deste sítio, é possível encontrar algumas janelas que nos levam a diversos assuntos relacionados a uma gama de informações sobre os litígios envolvendo fornecedores e consumidores. É um *site* de fácil compreensão e existe um tutorial demonstrando o passo a passo de como utilizá-lo. Os indicadores são apresentados em seis tópicos: gerais, por empresas, infográficos, relatos do consumidor, publicações e dados abertos. Serão apresentados aqui dois desses tópicos. Os demais poderão ser consultados na página www.consumidor.gov.br.

Outros indicadores também estão à disposição do cidadão para que eles possam se manifestar sobre suas demandas, a empresa responder o que lhe figurou como objeto de questionamentos, o reclamante avaliar como usuário e todos poderem monitorar os resultados. Qualquer pessoa pode se cadastrar na página inicial e acompanhar sua demanda.

³⁹ D'ANDREA RAMOS, Fabiana. Por uma adequada resolução dos conflitos de consumo. **Boletim de notícia Conjur**. 25. Abr. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/garantias-consumo-adequada-resolucao-conflitos-consumo>. Acesso em 22 jul. 2021.

A Senacon⁴⁰:

Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), criada pelo Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, integra o Ministério da Justiça e tem suas atribuições estabelecidas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor, no art. 3º do Decreto nº 2.181/97 e no art. 18 do Decreto nº 8.668, de 11 de fevereiro de 2016.

O *site* é de fácil acesso e aqueles que têm *smartphone* podem baixar o aplicativo *consumidor.gov*, fazer sua reclamação e acompanhar todo o procedimento pelo telefone.

5 A mediação no direito do consumidor: a cultura do empoderamento no tratamento dos conflitos

Os grandes centros comerciais espalhados pelo mundo detêm muita influência comercial e industrial sobre relações de consumo.

Milhares de pessoas são influenciadas constantemente à cultura do capitalismo selvagem⁴¹. Com isso, os grandes centros comerciais vêm, cada vez mais, obtendo certo domínio e soberania sobre a população consumista. É fato que a massificação ao acompanhamento de novas tecnologias modernas é iminente, e aqueles que não conseguem acompanhar estes “avanços” são deixados para trás de maneira abrupta. Assim, o sentimento de ser ultrapassado mais e mais vem ganhando forma e força e o mercado industrial e comercial se fortalece cada vez mais.

Não é de se espantar que, com toda esta dinâmica, o Judiciário venha a ser detentor de várias demandas e, claro, com um número ínfimo de recursos humanos, pessoas que atuem nestas esferas, servidores venham a causar mais morosidade no sistema judiciário. Muitas demandas e pouca mão de obra especializada. É fato que, com todos estes problemas, os diálogos devem ser estimulados, as alternativas consensuais de resolução de conflitos devem ser latentes e representam a maneira mais eficiente e eficaz às resoluções destas demandas.

⁴⁰ SENACON. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **A Senacon**. [2021]. Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/a-senacon>. Acesso em 22 jul. 2021.

⁴¹ A expressão **capitalismo selvagem** é um termo criado originalmente para se referir à fase do capitalismo na época da Primeira Revolução Industrial (cerca de fins do século XVIII). Naquela época, especialmente na Grã-Bretanha, camponeses empobrecidos vindo de um meio rural super povoado e estagnado, não tinham alternativa senão trabalhar nas nascentes indústrias da época, criadas a partir das inovações tecnológicas que pipocavam a todo momento, em especial o tear mecânico ou ainda o motor a vapor. Este texto na íntegra está disponível para leitura em: <https://www.infoescola.com/economia/capitalismo-selvagem/>. Acesso: em 23 jul. 2021.

A mediação e as outras formas de autocomposição, atualmente, proporcionam um papel fundamental dentro do judiciário, são responsáveis pela construção de sociedade voltada ao diálogo da paz. Uma sociedade democrática tem que ter habilidade para que pessoas possam resolver seus problemas de forma racional, coerente e lógica. Vive-se em uma sociedade, sendo democrática, ou não, se convive com diversas particularidades consumeristas como possibilidades de perdas e danos, vitórias e sucessos, dentre outros.

Conflitos e insatisfações são elementos que sempre acompanham as pessoas em suas jornadas diárias. Porém, nem sempre o conflito é ruim, ele nos força a refletir, amadurecer e pode trazer consequências positivas para nosso aprendizado como integrantes de sociedades diversas, heterogêneas e plurais. O que facilita bastante para que estas relações venham a lograr êxito é uma boa preparação do mediador frente a sua habilidade de negociar. Uma boa negociação traz muitas vantagens, ao escutarmos as partes e entendermos seus problemas e suas angústias.

Sobre os tratamentos dados a estes conflitos, ao sabermos que os consumidores, por serem vulneráveis à relação de consumo e como são partes mais desgastadas, a mediação mostra-se como um meio eficiente e eficaz para a resolução de demandas frente ao consumidor. Na defesa de seus direitos, o consumidor teria mais autonomia, mais altivez como titular de seus direitos e garantias inerentes às demandas em tela.

Fazendo uma análise de tudo que este trabalho buscou trazer como elemento teórico e discussões sobre a pesquisa, observou-se que as grandes benfeitorias da mediação, combinada às demandas de consumo são a rapidez, a efetividade, a redução de desgastes, o custo, a privacidade, etc. Não se pode esquecer de ambientes propícios ao aprendizado. Da forma positiva como as coisas são tratadas, todos participam da construção dessa solução.

Por fim, é importante salientar que a comunicação é de fundamental importância para que a mediação seja satisfatória e atinja seu objetivo primordial, que é a satisfação de todos que compõe a lide.

Conclusão

Diante da grande demanda de processos que deram entrada no judiciário nas últimas três décadas, com o intuito de sanar seus litígios envolvendo as relações de consumo, constatou-se que houve um grande engarrafamento processual, causando grandes dilações temporais e infringindo o princípio do devido tempo legal.

A Mediação de Conflitos, como um processo extrajudicial e autocompositivo, foi de grande avanço e valia para o desafogamento de diversas demandas na justiça comum. Celeridade, economia processual, além de menos desgastes

psicológicos e sociais e de convívio harmônico entre indivíduos, foram aspectos que mais se levaram em conta.

A elaboração do Código Civil de 2015, a lei de Mediação e a Resolução nº 125 do CNJ, ambas totalmente articuladas com o Código de Defesa do Consumidor, foram responsáveis por trazer à baila elementos importantes na resolução célere, menos burocracias e, o melhor de tudo, prezando por uma forma consensual de resolução de conflitos, repercutindo diretamente na proteção dos hipossuficientes.

Também foi possível perceber que a Lei 13.140/15 conhecida como a Lei de Mediação de Conflitos, está totalmente alinhada aos vários documentos normativos nacionais, onde se ressalta o Código de Defesa do Consumidor (CDC), quanto à proteção da pessoa humana em suas demandas consumeristas.

Mesmo não esperando uma realidade onde as coisas poderiam fluir de maneira aceitável, simples, menos traumática, e uma melhor qualidade satisfativa, dentro de um padrão tolerável na resolução de conflitos em demandas envolvendo consumidor e fornecedor, não era possível vivenciar este tão esperado cenário atual da sociedade sem estar atentos a todos estes dispositivos, que surgiram com o intuito de ajudar e fortalecer, cada vez mais, a autocomposição.

O Novo Código de Processo Civil, como observado, determinou que as formas consensuais de resolução de conflitos fossem tratadas com mais seriedade, haja vista que o que se observa é um judiciário sobrecarregado e moroso. Precisa-se estimular a autocomposição como uma maneira célere, menos onerosa e que os acordos sejam consensuais. A mudança de paradigmas na gestão de litígios não é uma tarefa fácil. A justiça, na versão atual desenhada pelo CNJ, é mais perto da realidade, sem tantos pormenores que acabem trazendo desconforto no momento em que é necessário usar de suas ferramentas, na esperança de queas inquietações sejam resolvidas plenamente.

Não se deve confundir e ter uma visão equivocada de tornar a máquina judicial uma fábrica de acordos que, em grande parte das vezes, são injustos ou insatisfatórios, firmados pela necessidade de dinheiro rápido ou de mostrar a justiça, números que favorecem as grandes empresas, os detentores do grande capital. Observa-se nitidamente a relação direta destas empresas, as litigantes habituais, que já estão acostumados a demandarem na justiça e têm certo grau de intimidade com o sistema e os que o compõem tornando mais fácil uma possível vitória processual.

No que concerne à **eficiência e à eficácia do acesso à justiça para a resolução consensual das demandas que tratem do direito do consumidor**, verificou-se que existem várias maneiras e formas de acolhimento para que o cidadão na condição de consumidor tenha seu direito resguardado quando procure a tutela estatal.

Atualmente, além das redes sociais, que não são meios que estão atrelados a algum órgão estatal, mas ajudam a orientar os consumidores a procurar seus direitos, pode-se destacar os endereços eletrônicos no Mercado Livre, Reclame Aqui, *Facebook* e demais, que estão dando certo suporte, pelo menos pelo lado preventivo, para que outras pessoas não sejam lesadas. Quando alguém precisa de certo serviço ou adquire determinado produto, poderá consultar o grau de satisfação dos consumidores que usaram tais serviços.

Isto não resolveria um problema pretérito ou outro em andamento. Porém, com a visualização dessas informações por outros consumidores, tais informações os deixariam em alerta e mais atentos. Lembrando que os próprios fornecedores têm seus sítios na *internet*, onde disponibilizam um número telefônico que eles chamam de SAC - Serviço de Atendimento ao Consumidor, que, na maioria das vezes, algumas pessoas logram êxito utilizando-o.

Outra porta que não poderia deixar de ser mencionada são as agências reguladoras, que têm um grande poder mandatário sobre aquelas entidades a elas subordinadas, promovendo a defesa do consumidor a partir de esclarecimentos e notas pelas empresas causadoras do dano.

O Procon, que tem como função precípua a proteção jurídica do consumidor, é a maior porta de acesso à Justiça no Brasil.

Os Juizados Especiais, conforme sítio eletrônico do CNJ, completam a lista de como procurar e quais os meios consensuais de acesso à justiça, empenhados em resolver, ou tentar resolver, as lides nas relações de consumo.

Assim, e depois de toda explanação sobre o tema, e pelo fato de toda a sociedade estar inserida neste mercado de consumo, conclui-se que o diálogo com um viés autocompositivo, usando as técnicas de mediação, associadas à negociação, ratifica que as soluções alternativas nas resoluções de conflitos relacionadas ao direito do consumidor geralmente são eficientes e eficazes dentro de suas limitações atribuídas e que se deve sempre partir desta vertente.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In: Temas de direito processual*. 3ª Ed.. São Paulo: Editora Saraiva, p. 195-6, 1984.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição (da) República Federativa do Brasil**. [2021] Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. [2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jul.

BRASIL. **Lei Nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [1990]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jul.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso 31 jul. 2021.

BRASIL. **Resolução CNJ nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do poder judiciário e da outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso 31 jul. 2021.

BRITO, Alírio Maciel Lima de; DUARTE, Haroldo Augusto da Silva Teixeira. O princípio da vulnerabilidade e a defesa do consumidor no direito brasileiro: origem e conseqüências nas regras regulamentadoras dos contratos e da publicidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 1109, 15 jul. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8648>. Acesso em: 16 set. 2019.

Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. *In*: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública Lei 7.347/85**: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 92-3, 96-7.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I e II Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

SALES, Lília Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública. **Revista Sequência**, n. 58, p. 281-296, jul. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NOTAS

[1] CF, art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[2] Art. 2º, do CDC: toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

[3] Art. 17, do CDC: [2] Art. 2º, do CDC: toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

**NOVOS DANOS
AOS CONSUMIDORES**

CAPÍTULO 15

A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Weydson Caldas Pina Maciel¹

Introdução

Os seres humanos são como ampulhetas de areias que correm para um só lado. Tempo é nosso bem mais valioso e finito, cada segundo desperdiçado é um segundo a menos de vida pela frente, pois nossa existência é uma caminhada contínua em direção a morte. Com o passar do tempo o metal oxida, praias crescem ou somem, geleiras se formam e desaparecem, pessoas nascem e morrem. O tempo é medida irrefreável e irrecuperável. Essas afirmações são destinadas a nos lembrar a importância do tempo, e como as nossas vidas são afetadas pelo desperdício do mesmo, destinando-o à soluções de problemas causados por terceiro.

Quem nunca perdeu um dia inteiro numa fila de banco, ou ficou horas aguardando o próximo voo por conta de um overbooking? Quem nunca se dirigiu a uma loja com um produto que acabara de comprar, teve de se dirigir à uma assistência técnica e esperar por semanas a devolução do mesmo?

Tais situações, embora corriqueiras constituem o que muitos colegas advogados chamam em suas peças a ‘via crucis’ do consumidor, em busca de soluções de problemas causados pelo mau atendimento por parte dos fornecedores, sejam eles de produtos ou serviços. Em que pese esses problemas fazerem parte do dia-a-dia de muitas pessoas, não é razoável a normalização do absurdo, pois é tornar aceitável carregar um caco de vidro na carne, sem nunca tentar tirá-lo. Existe um dano e ele precisa ser reparado ou no mínimo mitigado.

1 A Teoria do desvio produtivo e o dano temporal indenizável

A teoria do desvio produtivo vem sendo amplamente debatida na doutrina e jurisprudência do sistema jurídico brasileiro, nos últimos anos. O advogado

¹ Advogado e membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PE.

e jurista Marcos Dessaune em seu livro *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*, descreve:

O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável¹³.

Dessaune foi um dos primeiros doutrinadores a trazer a discussão sobre o desvio produtivo, ou como também é conhecido a perda de tempo útil do consumidor, como um algo indenizável.

Tal teoria veio em confronto direto com recorrentes decisões, que encravavam como mero dissabor, todo um arcabouço de medidas que o consumidor precisava tomar para sanar problemas causados pela má prestação de serviços por parte dos fornecedores. A jurisprudência era constante nesse sentido, pois acreditava-se que tais fatos eram tão somente o preço a se pagar pela convivência em sociedade.

A ideia defendida por muitos julgadores, é que viver em sociedade exige certa tolerância, e suportar tais ônus é uma medida aceitável e necessária para que nossa civilização possa continuar avançando. Tais posicionamentos nos dias de hoje são inaceitáveis, pensar que é preciso enfrentar uma fila interminável num banco pela falta de investimentos em tecnologias como aplicativos para celular por exemplo, é aceitar que os fornecedores de produtos ou serviços podem permanecer inertes diante das transformações do mundo.

É preciso destacar que quando analisamos a perda do tempo produtivo do consumidor sob o ponto de visto atual, temos um panorama completamente distinto daquele de 1990 quando surgiu o Código de defesa do consumidor. O direito através de suas diferentes fontes, precisa ser uma ciência viva, pulsante que se adapta constantemente as novas realidades da nossa sociedade.

Quando pensamos na sociedade hoje, precisamos entender que vivemos, como apontado por pelo economista e presidente do Fórum Econômico mundial Klaus Shwab, a quarta revolução industrial, que nas palavras do mesmo

A quarta revolução industrial irá gerar grandes benefícios e, em igual medida, grandes desafios. Uma preocupação particular é a desigualdade exacerbada. Os desafios colocados pelo aumento da desigualdade são difíceis de quantificar, pois em grande maioria, somos consumidores e produtores; dessa forma a inovação e a ruptura afetarão nossos padrões de vida e bem-estar tanto de forma positiva quanto negativa¹⁴

O direito não pode estar alheio ou se abster desses desafios e transformações. Em uma época que grandes empresas correm vorazes para aquisições de pequenos concorrentes para adquirir capilaridade logística, afim de garantir entregas cada vez mais velozes, no intuito de capturar o maior número de clientes possíveis, o tempo se torna fator extremamente relevante, sendo o seu desperdício inadmissível, nunca a expressão ‘tempo é dinheiro’, fez tanto sentido como nos dias de hoje.

Quando observamos o cenário de concorrência no varejo, vemos que os grandes varejistas concorrem diretamente para definir quem conseguirá realizar a entrega mais rápida, pois sabem que aqueles que o fazem em menos tempo lograrão êxito em cativar o cliente. Infelizmente essa recíproca muitas vezes não é verdadeira com relação aos mecanismos de pós-venda, quando nos deparamos com os processos consumeristas, onde figuram no polo passivo grandes magazines e suas assistências técnicas autorizadas, vemos prazos muito fora daqueles preconizados pelo CDC, e absolutamente fora da realidade do que chamamos quarta revolução industrial, o que nos causa a aparência de que o esforço pelo cliente se encerra no momento da compra, o que não pode ser uma verdade.

Se sairmos do cenário do comércio varejista e nos deslocamos, por exemplo, para o mundo da prestação de serviços, o cenário não é muito diferente quando um segurado tenta a utilização de um plano de saúde, ao tentar buscar uma consulta médica, o mesmo tem de lidar com péssimos mecanismos de marcação de consultas e com a velha prática do atendimento por ordem de chegada. Ou ainda quando chega diante do atendimento de emergência de uma rede conveniada e precisa esperar que o funcionário de atendimento ligue para um outro canal de atendimento para requerer autorização para receber o paciente ou realização de um exame. Algo que soa surreal no mundo conectado de hoje em dia, na era dos aplicativos de celular e da informação em tempo real, tais procedimentos já deveriam ter sido completamente enterrados e expurgados da sociedade.

É justamente no âmbito desta realidade, de necessidade de adequação, que encontramos o instituto da teoria do desvio produtivo, ou a perda de tempo útil indenizável. Quando o fornecedor se nega a cumprir o determinado por lei, e não busca adequar todos os seus canais de atendimento à realidade social atual, cabe ao direito através de suas fontes válidas, seja pela jurisprudência, pela doutrina ou por norma específica quem venha a nascer, trazer de volta a equidade e o equilíbrio nas relações de consumo. Num passado não muito distante era considerado aceitável passar duas ou três horas seguidas nas filas intermináveis dos bancos, fato esse que vem sendo sumariamente fulminado por novas práticas de mercado, seja através das *fintechs*² ou dos meios digitais dos *internet bankings*,

² Fintech é o termo utilizado para identificar empresas do setor financeiro, que oferecem serviços

aliados ao avanço tecnológico. Todas essas mudanças apenas mostram que nossa sociedade não aceita mais a perda de tempo útil como algo tolerável.

Em recente julgamento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) a Ministra Nancy Andrighi com precisão cirúrgica, classifica como intolerável a perda de tempo útil do cidadão.

O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor³

O posicionamento da excelentíssima ministra, reflete de maneira límpida os caminhos que o direito passa a tomar, pra continuar sendo uma ciência vibrante, que deve buscar estar sempre adequado à realidade social atual, sob pena de tornar letra morta.

Entretanto, em que pese a rápida evolução do direito no sentido de inadmitir a perda de tempo útil do cidadão observa-se que, ainda hoje muitos juízes continuam a sentenciar no sentido de que as dificuldades dos consumidores são meros dissabores do cotidiano, como é o caso do processo 0000129-66.2016.8.17.1110⁴, onde a juíza sentenciante, ao julgar um caso em que o consumidor havia por diversas vezes tentado solução diretamente com o fornecedor, julgou e condenou o demandado apenas à restituição da quantia paga acrescida de correção monetária. O problema de tais decisões é que não há punição pela prática abusiva do não cumprimento da legislação, o que força o consumidor ou suportar o ônus da má prestação de serviço ou buscar a jurisdição às próprias custas. Além disso uma das claras funções dos valores das indenizações a títulos de danos morais, no direito do consumidor, é dissuadir o fornecedor de sua prática ilícita, desta forma ganhando, além da função reparadora do dano, uma função educacional e social. Importante ressaltar que embora tome forma de reparação individual, quando um mau fornecedor é condenado ao pagamento de danos morais por desvio produtivo, a sentença passa a ter um caráter social que atinge a coletividade, quando passa a desestimular o infrator a continuar sua prática, fazendo com que futuros consumidores, não precisem passar pelos mesmos problemas.

financeiros digitais através de aplicativos que oferecem serviços bancários como é o caso do Nu Bank por exemplo.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº RE1.737.412. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 fev. 2019.

⁴ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Sentença nº 0000129-66.2016.8.17.1110. GUTEMBERG BESERRA. Eletroshopping. Relator: I Isabella Ferraz Barros de Albuquerque Oliveira. Pesqueira, PE, 16 de julho de 2019. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**. Pesqueira, 17 jul. 2019.

Ora o Art. 18 da Lei 8079/90⁵ Código de Defesa do Consumidor (CDC) deixa claro:

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 preço⁶.

O CDC já traz em seu bojo, de maneira clara e objetiva, quais as opções do consumidor e como deve proceder o fornecedor diante dos problemas, há que se aplicar voluntariamente a lei pelo bem das boas práticas de consumo. Quando unilateralmente o fornecedor impõe uma desvantagem excessiva sobre o consumidor, que é o que acontece quando o mesmo decide não obedecer ao dispositivo da norma consumerista, este deve arcar com os custos de sua decisão de incorrer em práticas abusivas.

Por muito tempo, há título de “evitar a indústria do dano moral” muitos magistrados se tolhiam de avançar nas condenações contra empresas que praticavam atos abusivos contra o consumidor relegando injustamente o dano suportado ao mero dissabor. Existe um medo infundado de que ao condenar empresas infratoras haverá estímulo ao litígio, o que faria nascer litigantes profissionais que aufeririam suas rendas, quase que exclusivamente da litigância contra tais empresas. Essa percepção errônea, causa prejuízos ao consumidor e à sociedade como um todo, visto que ao desconsiderarmos os prejuízos causados pela má prestação de serviços ou pela má conduta de fornecedores, estamos premiando o mau comportamento e negando a devida proteção conferida ao consumidor pela Constituição Federal em seu ilustre artigo 5º XXXII o qual destacamos:

⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 set. 1990.

o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; ⁷. Ora, se é dever do estado promover a defesa do consumidor, este, através de sua qualidade de estado juiz, não pode se esquivar de oferecer a tutela jurisdicional, nem se acovardar diante do poderio econômico de maus empresários.

Uma vez que já podemos conceituar o dano temporal, é possível então lançarmos mão do CDC em seus artigos 12 e 14, quais sejam:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.⁸

¶ Sendo assim, se a perda de tempo gera dano, então é dever do fornecedor indenizar o consumidor pelos danos causados, como deixa muito claro a legislação consumerista.

2 A posição do Tribunal de Justiça de Pernambuco

O primeiro registro do termo Desvio produtivo do consumidor dentro da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, data de um acórdão de 2015, que condenou banco ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais) em razão da espera excessiva em fila, conforme se depreende da ementa a seguir

Direito Civil. Apelação Cível. Ação de indenização. Fila de instituição bancária. Demora no atendimento. Lei estadual. Tempo superior ao fixado por legislação. Desvio produtivo do consumidor. Perda de tempo útil. Dano moral. Caracterização. Sentença mantida. Apelação a que se nega provimento. 1. Hipótese na qual restou comprovada a espera excessiva em fila de banco de mais duas horas, contrariando a lei estadual que estipula 30 (trinta) minutos com prazo máximo de atendimento. 2. O “desvio produtivo do consumidor”, se configura quando este, diante de uma

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988.

⁸ BRASIL. Lei Complementar nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, 11 set. 1990.

situação de mau atendimento, é obrigado desperdiçar o seu tempo útil e desviar-se de seus afazeres, gera o direito à reparação civil. 3. Para a fixação do quantum indenizatório, cabe ao magistrado tomar todas as cautelas para que a indenização não seja fonte de enriquecimento sem causa, nem seja meramente simbólica, de modo a manter-se o valor de R\$2.000,00, importância razoável à espécie. 4. Apelação a que se nega provimento à unanimidade⁹.

Percebe-se aqui um comportamento de vanguarda do TJPE, vez que já em 2015, ~~passo~~ passou a discutir o tema, condenando o banco infrator de maneira pontual e direta.

Entretanto ao compararmos o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) com alguns outros tribunais do país, perceberemos que o mesmo ainda caminha a passos lentos, no sentido de aceitar a teoria e passar a punir veementemente os maus fornecedores, mas os prospectos são positivos e indicam uma caminhada (ainda que lenta) em direção de admissão mais ampla e cada vez mais constante da teoria do desvio produtivo.

Ao realizarmos buscas com os termos “teoria do desvio produtivo” no âmbito do TJPE de janeiro de 2019 a julho de 2021, encontramos 30 decisões que citam diretamente a teoria de Dessaune, das quais apenas uma nega o pedido de dano moral por perda de tempo útil. A busca pelo mesmo termo no Tribunal de Justiça do Ceará por exemplo, retorna com 146 resultados ~~acórdãos~~⁹, o que indica uma ainda acanhada participação do nosso tribunal no processo de consolidação desta jurisprudência.

Quando consultamos por jurisprudências (apenas decisões de segundo grau) com o termo Desvio produtivo do consumidor em cada um dos estados da federação temos os seguinte resultados:

TJ-Acre: 10
TJ-Alagoas: 11
TJ-Amazonas: 54
TJ-Amapá: 76
TJ-Bahia: 546
TJ-Ceará: 146
TJ-Distrito Federal: 1.364
TJ-Espírito Santo: 133
TJ-Goiás: 218

⁹ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Acórdão nº APL: 3554316 PE. Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto. Recife, PE, 11 de junho de 2015. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**. Recife, 22 jun. 2015. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201424141/apelacao-apl-3554316-pe>. Acesso em: 23 jul. 2021.

TJ-Maranhão:21
TJ-Minas Gerais: 1.141
TJ-Mato Grosso do Sul: 188
TJ-Mato Grosso: 200
TJ-Pará: 23
TJ-Paraíba: 7
TJ-Pernambuco: 30
TJ-Piauí: 2
TJ-Paraná: 5.359
TJ-Rio de Janeiro: mais de 10.000(limite da plataforma de busca)
TJ-Rio Grande do Norte: 13
TJ-Roraima: 4
TJ-Rondônia: 110
TJ-Rio Grande do Sul: 648
TJ-Santa Catarina: 503
TJ-Sergipe: 29
TJ-São Paulo: 8.579
TJ-Tocantins: 3 ¹⁰

Assim, se considerarmos o número de decisões que citam a referida teoria, temos que o Tribunal de Justiça Pernambucano com apenas 30 decisões citando o dispositivo ainda se encontra entre os que menos decidem com base na ideia de que a perda de tempo útil do consumidor é bem jurídico a ser defendido e indenizável, número deveras acanhado quando comparamos com as mais de 8 mil citações do Tribunal de Justiça de São Paulo ou as mais de 10 mil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em contrapartida se buscarmos o termo ‘mero dissabor’ na jurisprudência do TJPE dos últimos 3 anos, teremos 434 resultados, o que mostra que, em que pese o reconhecimento do Superior Tribunal de Justiça, da teoria em questão, o TJPE ainda julga com frequência sob a tese de que a perda de tempo útil do consumidor, não passa de um aborrecimento do dia-a-dia.

¹⁰ JUSBRASIL (Brasil). **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=desvio+produtivo+do+consumidor&idtopico=T10000344&o=data>. Acesso em: 23 jul. 2021

Conclusão

Concluimos que a teoria do desvio produtivo do consumidor ou perda de tempo útil, apesar de não tão nova, tendo sido proposta por Dessaune em 2017, ainda tem muito o que se expandir nos julgados no âmbito do TJPE.

Mas apesar disso temos jurisprudências de peso que dão validade ao referido dispositivo, como é o caso de diversos tribunais do país incluindo o STJ, e nos afastamos a passos largos das velhas decisões que relegam a via crucis do consumidor e suas dores ao ‘mero aborrecimento cotidiano’.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 11 set. 1990.

DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JUSBRASIL (Brasil). Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=desvio+produtivo+do+consumidor&idtopico=T10000344&o=data>. Acesso em: 23 jul. 2021.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Acórdão nº APL: 3554316 PE. Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto. Recife, PE, 11 de junho de 2015. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**. Recife, 22 jun. 2015. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201424141/apelacao-apl-3554316-pe>. Acesso em: 23 jul. 2021.

SHWAB, Klaus Martin. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2018.

CAPÍTULO 16

UMA ANÁLISE PROPEDÊUTICA ACERCA DA TESE DO DESVIO DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR

Carlos Henrique de Moura Chaves Filho¹

1 Introdução

Com sentenças desfavoráveis aos consumidores e o aumento das práticas abusivas como forma de se obter um lucro exacerbado por parte dos fornecedores, a discussão acerca das indenizações nas relações de consumo têm se mostrado cada vez mais relevante.

Entre as modalidades de indenizações, temos a indenização por dano moral em virtude do desvio do tempo útil do consumidor. Assunto que tem ganhado cada vez mais espaço nos tribunais pátrios.

Portanto, dúvidas não devem subsistir acerca da importância do entendimento do tema e de suas consequências legais.

O intuito deste trabalho é entender e analisar a tese da indenização em virtude do desvio do tempo útil do consumidor em suas diferentes perspectivas.

Trata-se de uma pesquisa descritiva, com a utilização do método dedutivo. Deste modo, ao longo do presente trabalho, se busca a realização de um estudo inicial sobre a conceituação de dano moral com ponderações acerca do que seria o tempo e a relevância do tempo livre do ser humano, a fim de se compreender a necessidade indenizatória em face do desvio do tempo do consumidor, buscando assim, um aprofundamento cada vez maior a respeito do tema.

No primeiro capítulo, busca-se analisar a conceituação e as nuances do dano moral.

Dando continuidade, no segundo capítulo se traçam breves ponderações acerca do tempo e do tempo livre do ser humano.

Por fim, analisa-se a aplicação da teoria do desvio do tempo útil do consumidor como meio indenizatório.

¹ Advogado e membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. Pós graduando em Direito e Processo do Trabalho e em Direito do Consumidor pela Universidade Cândido Mendes - UCAM.

2 Noções propedêuticas acerca da indenização por dano moral

Antes de adentrar no cerne do tema em questão, é necessário primeiro esclarecer alguns pontos iniciais, com o intuito de que não haja dúvida a respeito da conceituação de dano moral, questão basilar para a discussão apresentada.

O dano moral possui diferentes conceitos doutrinários. Arnaldo Medeiros Fonseca conceitua o dano moral como sendo todo e qualquer sofrimento que não possua caráter patrimonial². Ou seja, seria todo dano que não é considerado material. Já Regina Beatriz Tavares da Silva entende que toda violação aos direitos da personalidade deveriam ser enquadrados como dano moral³.

Ainda se destaca o conceito utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende que o dano moral se trata de um sofrimento íntimo, situação que traz abalo para a vítima, contudo, importante destacar que o próprio STJ entende pela desnecessidade e ainda impossibilidade de comprovação do abalo íntimo, uma vez que não há como se verificar com exatidão os reais sentimentos da vítima⁴, trata-se do chamado dano in re ipsa, ou seja, trata-se de um dano presumido.

Presume-se que a vítima sofreu um abalo a partir de determinada conduta antijurídica, reprovável ao olhar do ordenamento e por isso se busca compensar a pessoa financeiramente pelo ocorrido.

Pode-se entender então, que o dano moral é uma lesão não material, que traz um desassossego, uma angústia, uma dor ou mesmo humilhação à vítima, atingindo seus sentimentos e consistindo em uma situação que não pode ser valorada, tampouco confirmada verdadeiramente, mas que se presume que o indivíduo sofreu um abalo e, portanto deverá ser recompensado financeiramente, sendo indenizado pelo ocorrido.

3 Ponderações sobre o desperdício do tempo livre do consumidor

A palavra tempo tem origem latina do termo tempus, que por sua vez faz referência a oris, o momento dos acentos. Pode ser entendido como a fase na

² ARNOLDO. Medeiros Fonseca, **Dano moral**, in J. M. de Carvalho Santos (coord.), Repertório enciclopédico do direito brasileiro, vol. 14, p. 242.

³ SILVA, Ana Beatriz Tavares da. **Responsabilidade Civil Nas Relações De Família**. Revista Jurídica da FA7, v. 17, n. 2, p. 99-123, 13 out. 2020.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **REsp 602.401/RS**, Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 22 jul. 2021.

qual os acontecimentos ocorrem⁵.

O tempo livre, por sua vez, de acordo com o doutrinador Marcos Dessau-
ne, se traduz em cultura, viagem, repouso, divertimento, instrumento de promo-
ção do bem estar do indivíduo⁶.

Alguns consideram o tempo livre como sendo o maior bem da huma-
nidade. Trata-se de muito mais do que uma simples expressão, na realidade é
a própria liberdade do indivíduo. Liberdade para escolher o que fazer naquele
momento, liberdade para desfrutar dos prazeres da vida, ficar com sua família,
praticar um hobby ou mesmo simplesmente descansar após um dia exaustivo
de trabalho.

Em resumo, é o que há de mais importante para o indivíduo, é a sua liber-
dade, o seu descanso, a sua saúde mental e corporal.

Trata-se de algo que não pode ser comprado, não passível de relação pe-
cuniária, contudo, apesar de não poder ser obtido, este pode ser perdido, a par-
tir do momento em que a pessoa abre mão de seu tempo livre para dedicar-se
a algo.

Há o tempo perdido por uma não liberalidade da pessoa humana, mas em
decorrência de acontecimentos do dia a dia. A título exemplificativo tem-se o
tempo desperdiçado no transporte pela cidade, através do trajeto para o traba-
lho, o tempo para realização de trabalhos domésticos, entre tantos outros⁷.

Desta forma, o tempo livre do ser humano está cada vez mais escarço,
tornando-o ainda mais valioso.

O problema todo existe quando o consumidor precisa abrir mão do pouco
tempo livre que possui, seu momento tão sagrado, para resolver um problema
que não existiria se determinada empresa tivesse prestado seus serviços da for-
ma adequada!

É exatamente este tipo de situação, que serve como fundamento para a
aplicação da indenização pelo desvio do tempo útil do consumidor.

⁵ TEMPO. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tempo/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

⁶ DESSAUNE. Marcos. **Teoria Aprofundada do Desvio do Consumidor: Um Panorama**. Direito em Movimento, Um outro Direito é possível. Fonaje. v. 17, n 1, p 15-31, 1º trimestre de 2019.

⁷ TEIXEIRA, Augusto, L. S. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 177-209, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>. Acesso em: 29 jul. 2021.

4 A tese do desvio produtivo do consumidor e sua aplicação na prática

Consabido que as relações humanas evoluíram ao longo da história até se chegar no mundo capitalista moderno. Inicialmente o ser humano, ao começar seu processo sedentário, fixando-se e determinados locais e cultivando sua própria comida, viu-se incapaz de produzir tudo aquilo que sua família necessitava. Diante disto começou-se um sistema precário de escambo, realização de trocas, que foi evoluindo ao longo dos anos, até chegar no sistema capitalista moderno, em que há uma preponderância da especialização profissional e a criação de uma relação de dependência cada vez mais forte entre os indivíduos que compõem a sociedade⁸.

Essa relação de dependência, também pode ser considerada como relação de troca, ou ainda relação de consumo. Desta forma, conseqüentemente e inevitavelmente, se há uma exigência cada vez mais de qualidade nas relações de consumo, como uma espécie de aprimoramento deste instituto moderno de escambo, onde uma parte, o consumidor, dá o dinheiro, em troca de um produto ou serviço, que deve, sem exceção, apresentar uma boa qualidade a ponto de satisfazer as necessidades do mercado de consumo.

Além da exigência própria do mercado de consumo, ainda há a exigência legal de que os produtos e serviços atendam a padrões adequados de qualidade, durabilidade, segurança e desempenho.

Entretanto, muitos fornecedores promovem e entregam ao consumidor final, um produto ou serviço de baixa qualidade. Os motivos para isso são diversos, seja por má-fé, como um intuito de lucrar em cima do consumidor, escancarando um capitalismo selvagem através das chamadas práticas abusivas, seja por uma negligência, desídia ou mesmo despreparo, haja vista que cada vez mais existem profissionais absolutamente mal preparados no mercado de trabalho.

Mas, independente do motivo, um serviço mal prestado e/ou um produto de baixa qualidade traz inevitavelmente problemas aos consumidores, que necessitam utilizar de seu tempo livre para tentar resolver esse tipo de problema que, frise-se, não existiria se o fornecedor prestasse seu serviço da maneira correta.

As praticas abusivas são por si só dignas e passíveis de indenização. Porém sempre existiu um outro fator que não era levado em consideração, o tempo útil que o consumidor dispndia tentando resolver o problema.

⁸ TEIXEIRA, Augusto , L. S. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo)**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 177-209, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>. Acesso em: 29 jul. 2021.

Desta forma, sempre que o consumidor precisar desviar o seu tempo útil para tentar resolver um problema do qual este não deu causa, têm-se como devida uma indenização em favor deste consumidor.

Imperioso destacar que não há uma necessidade de uma lesão ou dano propriamente dito para que haja a aplicação da tese do desvio do tempo útil do consumidor. Isso porque em determinadas situações, mesmo sem a ocorrência de um dano propriamente dito, o consumidor pode acabar tendo seu tempo subtraído em virtude da má prestação de um serviço.

A título exemplificativo tem-se todo o tempo que o consumidor costuma gastar para tentar realizar o cancelamento de determinado serviço, ou ainda, o tempo que o consumidor gasta para obter uma informação de seu contrato, que deveria ser facilmente lhe disponibilizada.

Também nesses casos existe a possibilidade de majoração ou mesmo condenação indenizatória em favor do consumidor prejudicado.

Conclusão

A tese da responsabilidade civil em virtude do desvio do tempo útil do consumidor se traduz em uma importante ferramenta do consumidor e do operador do direito que busca não só a reparação por uma situação problemática, como também busca um aprimoramento do mercado de consumo, corrigindo ou ainda eliminando as empresas e empresários que agem de má fé, de forma desidiosa, negligente ou ainda aqueles que estão mal preparados profissionalmente falando.

Ao longo dos anos, os tribunais pátrios vem absolvendo os fornecedores, utilizando como argumento que o estresse sofrido pelo consumidor seria apenas uma situação do cotidiano, um mero aborrecimento.

Na realidade, esse tipo de entendimento perpetua as práticas abusivas e compensa os maus profissionais, prejudicando direta e indiretamente aqueles bons empresários.

A partir do momento em que o empresário bom é tratado da mesma forma que o empresário ruim, se tem uma inversão de valores em que se desencoraja o bom profissional e se recompensa aquele que sequer deveria compor o mercado de consumo.

O maior prejudicado com esse tipo de entendimento é o próprio consumidor, que pode ser traduzido como toda a sociedade. Não há indivíduo na sociedade moderna que não consuma. São todos consumidores, todos inevitavelmente sofrem com esse tipo de decisão judicial.

Daí exsurge a teoria do desvio do tempo útil do consumidor. Justamente para demonstrar que mesmo aquelas situações em que o dano causado é pequeno ou ainda em que não houve um dano propriamente dito, as empresas

devem ser punidas, como forma de se aprimorar a rede de consumo, para que determinadas atitudes não venham a se repetir, ao passo em que se tenta compensar o consumidor pela situação que nunca aconteceria se o serviço fosse prestado da forma adequada.

Referências

ARNOLDO, Medeiros Fonseca. Dano moral, in J. M. de Carvalho Santos (coord.), Repertório enciclopédico do direito brasileiro, vol. 14, p. 242.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp 602.401/RS, Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 22 jul. 2021.

DESSAUNE. Marcos. Teoria Aprofundada do Desvio do Consumidor: Um Panorama. Direito em Movimento, Um outro Direito é possível. Fonaje. v. 17,n 1, p 15-31, 1º trimestre de 2019.

SILVA, Ana Beatriz Tavares da. Responsabilidade Civil Nas Relações De Família. Revista Jurídica da FA7, v. 17, n. 2, p. 99-123, 13 out. 2020.

TEIXEIRA, Augusto , L. S. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 110, p. 177-209, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>. Acesso em: 29 jul. 2021.

TEMPO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tempo/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

**O DIREITO DO CONSUMIDOR
NA PÓS-MODERNIDADE**

CAPÍTULO 17

DEVANEIOS DE ÍCARO: UMA REFLEXÃO LIGEIRA ACERCA DE INCONGRUÊNCIAS VIVIFICADAS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA¹

Marcos Catalan²

Voar, voar
Subir, subir
Ir por onde for
Descer até o céu cair
ou mudar de cor
Anjos de gás
Asas de ilusão

Introdução

Tem sido afirmado que a Lei da Liberdade Econômica³ buscou regradar a atuação estatal recorrendo à imposição de níveis de intervenção mais racionais e

¹ Estas reflexões emergem entremeio às sístoles e diástoles que movimentam o projeto de investigação científica Proteção do consumidor à deriva: uma tentativa de aferição do estado da arte, na tutela jusconsumerista, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça financiado pelo CNPq (407142/2018-5).

² Doutor summa cum laude em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no PPG em Direito e Sociedade da Unilasalle. Visiting Scholar no Istituto Universitario di Architettura di Venezia (2015-2016). Estágio pós-doutoral na Facultat de Dret da Universitat de Barcelona (2015-2016). Professor visitante no Mestrado em Direito de Danos da Facultad de Derecho da Universidade da República, Uruguai. Professor visitante no Mestrado em Direito dos Negócios da Universidade de Granada, Espanha. Professor visitante no Mestrado em Direito Privado da Universidade de Córdoba na Argentina. Editor da Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisas Teorias Sociais do Direito e Fundador da Rede de Pesquisas Agendas de Direito Civil Constitucional. Advogado parecerista.

³ BRASIL. **Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

eficientes⁴ que os praticados, até então, pelo Estado brasileiro enquanto agente ordenador e regulador da atividade econômica⁵ e, ainda, que a desburocratização e a intervenção mínima por meio dela incorporadas ao direito pátrio vieram em momento bastante oportuno, entre outros motivos, por conta das excessivas exigências que seriam impostas pelos agentes públicos aos empresários que buscam produzir, fabricar, importar, distribuir ou, ainda, comercializar⁶ produtos ou serviços que crescem em complexidade por conta da tecnologia disruptiva⁷.

A edição de padrões normativos com o escopo de uniformizar o exercício de dois dos mais importantes papéis atribuídos ao Estado Democrático de Direito no que toca à condução da ordem econômica é iniciativa deveras louvável, até porque, a referida ação – ao menos, potencialmente – impulsiona a concreção da igualdade prometida a todos os que vivem no Brasil naquele tão longínquo quanto saudoso ano de 1988.

Engana-se [entretanto] quem acha que a Lei da Liberdade Econômica pode ser interpretada como excludente da atuação do Estado na economia. Essa continuará a existir, seja como agente econômico, seja no exercício de seu papel ordenador e regulador, que continuam assegurados pela ordem econômica prevista na Constituição e que encontram na própria Lei da Liberdade Econômica, garantias da sua manutenção⁸.

É exatamente nesse ponto que a *delicadeza da poesia de Biafra* – lapidada ao longo das linhas inaugurais deste texto – ao lado do universo de possibilidades semióticas esboçadas nos sonhos de Ícaro foram fundidos às reflexões alinhavadas neste ensaio.

Entre incongruências e equívocos, Ícaro foi ao chão

É despidendo lembrar que o ser mitológico a inspirar estas singelas notas, deixando-se levar por incomum sensação de liberdade, desprezou os conse-

⁴ Leia-se, menores, mais brandos.

⁵ LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 97. Continua o autor, afirmando que “não por acaso, parece-me evidente que os princípios previstos pelo artigo 2º da LLE são muito mais uma reafirmação de preceitos basilares do direito administrativo, sobretudo no campo da interação entre o Estado e o particular”.

⁶ A relação de ações aqui listada é apenas exemplificativa e, obviamente, não esgota o universo de possibilidades que as contém.

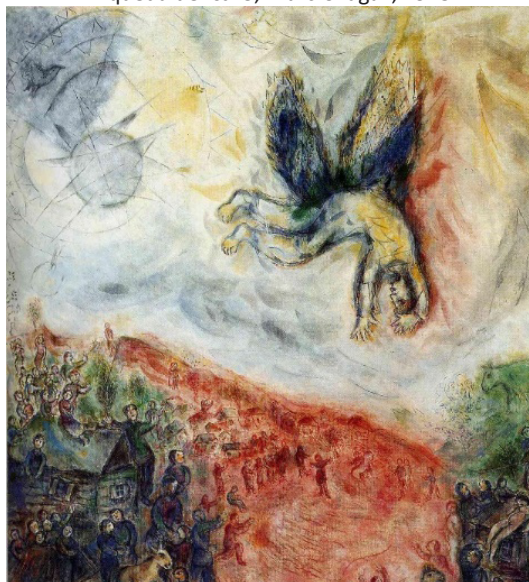
⁷ ZAGO, Marina Fontão. Abrangência federativa. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 55.

⁸ LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 97.

lhos de seu pai, Dédalo para que não voasse alto demais e, com isso, permitisse que o sol rompesse as asas que permitiriam, a ambos, fugir da ilha de Minos⁹.

O recurso à figura mitológica busca explicitar, outrossim, a excessiva sensação de liberdade que pulsa na intertextualidade da Medida Provisória¹⁰ e, é evidente, da Lei que a sucedeu com alguns cortes, alterações e inúmeros enxertos durante a sua breve tramitação no Congresso Nacional e, como isso, estimular a percepção de que ela parece vibrar na mesma frequência que movimentara o coração daquele Ícaro que descobrira ser capaz de voar, e que, obnubilado pela fantasia de liberdade irrestrita e não situada, desprezou a pré-existência de regras a serem respeitadas.

Imagem 01
A queda de Ícaro, Marc Chagall, 1975



Fonte: Centre Pompidou, Paris, França

⁹ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e de heróis**. 34. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. p. 157-159.

¹⁰ BRASIL. **Medida Provisória 881 de 30 de abril de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Sobre o tema nos seja permitido enviar o leitor a: CATALAN, Marcos. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 2, p. 07-14, 2019. O texto contém críticas à MP 881 que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e antecedeu a Lei 13.874/2019.

Ademais, a conexão que se busca hermeneuticamente criar na alusão aos devaneios de Ícaro os relaciona à inobservância¹¹ de pelo menos quatro incongruências que impedem a recepção – ao menos, de parte dela – da Lei da Liberdade Econômica, aspectos que, curiosamente, não parecem estar sendo adequadamente problematizados pela literatura jurídica brasileira.

A primeira incongruência percebida está atada à inequívoca percepção da insustentável ancoragem da autonomia privada a um contexto histórico e sociojurídico há algum tempo superado. Referido princípio – eixo gravitacional da liberdade negocial – segue a ser delineado de forma (a) a explicitar arredia independência à intervenção alheia¹², bem como, (b) a desprezar importantes aspectos empíricos que indelevelmente condicionam o exercício de liberdades¹³ negociais e (ou) existenciais, negando o fato de que

a verdadeira natureza do ser humano constitui-se a partir de sua interação com outros humanos. O sujeito não existe fora desse contexto. A capacidade das pessoas para a linguagem, a memória e a consciência são continuamente desenvolvidas a partir do atuar com o outro. É por isso que o exercício da autonomia somente faz-se possível no contexto relacional¹⁴.

É passado o momento de aceitar que o exercício das mais distintas liberdades não pode ser pensado como algo apartado dos influxos que emanam da alteridade que as funda e legitima. Alteridade, aliás, semanticamente significada neste texto não como mera “justaposição de espaços reciprocamente delimitados”, mas como lócus que permite a intersecção de vidas livres, mesmo porque, “não se é livre sozinho”¹⁵.

Ainda mais saliente é o problema atado ao mapeamento de que o ideal de segurança jurídica segue a ser compreendido – registre-se aqui, equivocadamente compreendida – a partir de uma perspectiva estática, portanto, como algo intimamente ligado à escoreita ou à inadequada prática da subsunção, fenômeno

¹¹ A afirmação tem por lastro tanto nossa percepção da Lei como os textos escritos até o momento acerca do assunto que foram publicados sob a forma de livros ou artigos em revistas científicas.

¹² OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 1, 93-115, maio 2018. p. 114.

¹³ PEDROSA, Laurício. La autonomía privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones en el código civil brasileño. *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, n. 16, p. 367-393, 2019. p. 368-369.

¹⁴ PEDROSA, Laurício. La autonomía privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones en el código civil brasileño. *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, n. 16, p. 367-393, 2019. p. 377-378.

¹⁵ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 342.

que parece derivar de leituras forjadas em algum instante temporal delineado entre a criação da Escola da Exegese e a platônica secção moldada entre Sein e Sollen¹⁶.

A reprovação dos raciocínios havidos nesse contexto encontra lastro (a) na leitura crítica de críticas imprecisamente direcionadas aos princípios no Estado Democrático de Direito¹⁷ e que quase sempre atribuem a tais estruturas semanticamente abertas a responsabilidade por problemas que são afetos, em verdade, ao seu mal uso¹⁸ e, ainda, (b) na incontestante incompreensão do estado da arte no tratamento de um tema que só pode ser adequadamente trabalhado quando conduzido pelos influxos que emanam da indeterminação da linguagem, do respeito ao dever de coerência e da valorização da derrotabilidade normativa¹⁹.

Segurança jurídica é princípio jurídico fundante que não se questiona na comunidade especializada, embora vez ou outra apareça como suscetível de temperamentos em prol da realização da justiça. Seus sentido e alcance, todavia, se perdem nos horizontes desbravados pelas democracias constitucionais. Isso, sobretudo, pela confluência das quatro viragens que marcam sua instauração no mundo ocidental: (i) a emergência dos enunciados normativamente indeterminados, em detrimento das pretensões arrogantes da redução do Direito a sistemas de regras; (ii) a simbiose entre Direito interno e Direito internacional, especialmente em matéria de Direitos Humanos, a abalar a continência imediata do Direito ao Estado; (iii) a releitura e o alargamento do princípio da igualdade, que rompe com as amarras de sua concepção apenas formal para alçar voos rumo à substancial, no bojo do que se convencionou chamar caminhada do sujeito

¹⁶ CAENEGEM, Raoul C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 211.

¹⁷ V. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. VII.

¹⁸ Percebida, por exemplo, em: MAIA, Rodrigo. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 7. A mesma leitura é nota em FRADERA. Véra. **Liberdade contratual e função social do contrato**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 295.

¹⁹ ARNT RAMOS, André Luiz. **Segurança jurídica e enunciados deliberadamente indeterminados: o caso da função social do contrato**. 2019. 228 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (Programa de Pós-Graduação em Direito). Curitiba, 2019. p. 194. “A tese da segurança como coerência rompe, então, com as amarras da certeza da Lei (segurança jurídica formal), ao arrostar a indeterminação não como uma qualidade imponderável da linguagem jurídica, mas como uma característica as vezes desejada ou desejável. Não bastasse, o trânsito por estudos contemporâneos a respeito de técnicas legislativas e da interpretação aplicação do Direito acusam que os enunciados indeterminados têm o condão de prover maior segurança jurídica que os pretensamente determinados, particularmente na disciplina de temas complexos e cambiantes”.

à pessoa; (iv) a recalibragem das relações entre legislação e jurisdição, a redimensionar a primazia daquela na dicção do Direito e a impor um conseqüente repensar da ideia moderna de separação de poderes²⁰.

Talvez possa ser dito, ainda, mesmo que evidentemente o argumento corte essa discussão de forma transversal, que “a opacidade do Direito [...] longe de ser um acidente ou acaso, um problema instrumental suscetível de solução com reformas oportunas, alinha-se como uma demanda objetiva de funcionamento do sistema [...] com a finalidade de legitimar [e] reproduzir as dadas formas de dominação social”²¹.

De algum modo ligado a essa questão, a terceira incongruência provocada pelo advento da Lei da Liberdade Econômica tangencia o fato de que “as declarações de natureza político-ideológica” nela contidas “afastam-se da arquitetura [jurídica] constitucional”²² brasileira por conta de seu viés explicitamente neoliberal²³, transcendendo “os contornos delineadores do Estado Democrático de Direito” e, evidentemente, afetando a harmonia projetada pela regra que alberga os princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal²⁴.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos [uma] existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte consti-

²⁰ ARNT RAMOS, André Luiz. **Segurança jurídica e enunciados deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 2019. 228 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (Programa de Pós-Graduação em Direito). Curitiba, 2019. p. 192.

²¹ CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1988. p. 165.

²² GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações. In: MARQUES NETO, Flôriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 346.

²³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 07.

²⁴ CATALAN, Marcos. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 2, p. 07-14, 2019. p. 9.

tuídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País²⁵.

E mesmo quando se recorre a lentes que permitem entender que “governar não é governar contra a liberdade ou a despeito da liberdade, mas governar pela liberdade”²⁶ e, ainda, que a Lei da Liberdade Econômica abertamente tenha buscado assegurar liberdades concretas em favor dos seus destinatários – os agentes econômicos –, não se pode olvidar que: (a) o exercício da livre iniciativa não pode sacrificar direitos fundamentais historicamente conquistados, (b) a defesa do Estado Mínimo, no Brasil, é insustentável enquanto vigor a Constituição e, enfim, (c) o modelo desenhado pelo artigo 170 da Constituição Federal está muito mais próximo da racionalidade ordoliberal²⁷ que das premissas neoliberais que informam a recente criação legislativa.

Ainda que André-Jean Arnaud tenha deixado importantes pistas acerca do fato de que “a despeito das grandes declarações sobre a Democracia e o necessário respeito aos Direitos Humanos” a pessoa deixou de ocupar o centro da regulação jurídica ao ser substituída pelo mercado em um ambiente nitidamente neoliberal²⁸, no Brasil, solidariedade social e vidas dignas são direitos prometidos a todos e, em tal contexto, quaisquer regras que de alguma forma dificultem ou impeçam o acesso ao compromisso social normativamente forjado na Carta Magna são, notadamente, inconstitucionais.

No mais, a defesa da máxima *in dubio pro libertatem* estruturada a partir do recurso a argumentos soterrados por ocasião da transição do Medievo para a Modernidade também ignora que uma Constituição, para muito além de um “documento de organização do Estado e limitador dos seus poderes de modo a proteger um direito que lhe é antecedente”²⁹, “expressa seu povo, suas crenças e certo programa político”³⁰.

Os argumentos colacionados reforçam a percepção de que “a livre iniciativa – ela própria, de alta reputação na Constituição – não é irrestrita” ao dividir o protagonismo que possui na ordem econômica com outras relevantes pautas

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

²⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 19.

²⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 101-132.

²⁸ ARNAUD, André-Jean. Pode o direito negar a natureza? In: In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49.

²⁹ ACCIOLY, João Uzêda. *Hermenêutica pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 41.

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A Constituição na sala de espelhos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 108, n. 1000, p. 215-226, fev. 2019. p. 220.

normativas dentre as quais podem ser listadas a “valorização do trabalho” e “a defesa do consumidor”. É possível enfatizar ademais e “com rara felicidade” que a necessidade de respeito à função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais possam ser situadas “na base de alguma teoria liberal relevante”³¹.

Criada nesse contexto, a Lei da Liberdade Econômica – ao menos, boa parte dela – emerge, assim, como notável exemplo de estratagem estratégica e intencionalmente dissimulado entremeio às sombras da normalidade³² utilizado em mais uma tentativa de afastar o fato de que o Direito deve servir à pessoa, não o contrário³³.

Enfim, o último aspecto a exigir alguma atenção por parte da literatura jurídica toca profundamente uma das premissas fenomênicas fundantes da alteração legislativa promovida pela Lei da Liberdade Econômica estando alocado na perfídia e recorrente afirmação de que “o agente econômico é ativo e probo, habituado ao mercado no qual atua”³⁴. A fantasiosa premissa precisa ser refutada – em especial – por ter sido identificado que em seu ventre foram gestadas impactantes alterações no âmbito da codificação civil brasileira que dizem respeito tanto a interpretação dos contratos³⁵ como, em uma perspectiva um pouco menos preocupante, ante a sua baixa densidade concreta, a restrições a revisão dos negócios jurídicos³⁶.

³¹ LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 89.

³² STENGERS, Isabelle; PIGNARRE, Philippe. **La brujería capitalista**. Trad. Victor Goldstein. Buenos Aires: Hekht, 2017. p. 66. Os comportamentos que estimula, raramente, “se imponen inmediatamente a nivel global, sino que son fruto de fabricaciones pacientes en pequeña escala, de experimentaciones precavidas, porque siempre se trata de capturar sin alertar demasiado [...]”.

³³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁴ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019. p. 372.

³⁵ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil.

Art. 113. [...]

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; [...]

V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

³⁶ V. CATALAN, Marcos. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica, **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 2, p. 07-14, 2019.

Como podem intuir mesmo os mais castos leitores, em raras ocasiões a dogmática do direito privado esteve tão distante da fenomenologia das relações sociais. Dados apontam que a taxa de mortalidade das empresas³⁷ com menos de um ano de existência gira em torno de 15%³⁸ e, ainda, que perto de 25% delas encerrarão as suas atividades antes de celebrarem dois anos de vida³⁹. Eles revelam, ademais, “mais de 60% das empresas fecharão as suas portas”⁴⁰ sem completarem o primeiro lustro e, com requintes de crueldade, que 90% das empresas não estarão operando ao final de uma década de história⁴¹.

Os estudos mostram que não existe um fator específico que possa ser responsabilizado isoladamente pelo encerramento precoce das atividades de uma empresa, entretanto é possível perceber que os fatores associados à mortalidade são bastante interligados e dependem em grande parte da atuação do empreendedor, que tem uma tendência a influenciar sobremaneira no desempenho da empresa [...]⁴².

Palavras eclodem entremeio à fugacidade de uma conclusão

Como se percebe, não basta supor a liberdade e a igualdade das personagens econômicas sem que se verifique, de forma minudente e em concreto, as circunstâncias fáticas às quais estavam circunscritas, até porque, a autodeterminação possui caráter fundante e legitimador do exercício da autonomia privada⁴³, o que reforça a constatação de que o empresário – agente econômico e, antes disso, ser humano –, pode ser probo, mas, certamente, não tem como ser abstratamente qualificado como uma personagem ativa – característica, aliás,

³⁷ Permita-nos o leitor o recurso à metonímia.

³⁸ SILVEIRA, Daniel. Por três anos seguidos, Brasil fecha mais empresas do que abre, diz IBGE. **G1**, Rio de Janeiro, 03 OUT 2018. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/03/por-tres-anos-seguidos-brasil-fecha-mais-empresas-do-que-abre-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em 21.02.2020.

³⁹ BEDÊ, Marco Aurélio. **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2016. p. 75-76.

⁴⁰ VILLAS BÔAS, Bruno. Maioria das empresas fecha as portas após cinco anos, diz IBGE. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 04 out. 2017. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2017/10/04/maioria-das-empresas-fecha-as-portas-apos-cinco-anos-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em 21.02.2020.

⁴¹ ALBUQUERQUE, Alexandre Farias. **Fatores de mortalidade de pequenas empresas**: análise de empresas do setor varejista a partir do ciclo de vida organizacional. 2013. 339f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo (Escola de Engenharia de São Carlos). São Carlos, 2013.

⁴² FERREIRA, Luis Fernando Filardi et al. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas da cidade de São Paulo. **Gestão & Produção**, São Carlos, v. 19, n. 4, p. 811-823, 2012. p. 817.

⁴³ PEDROSA, Laurício. La autonomía privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones en el código civil brasileño. **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, n. 16, p. 367-393, 2019. p. 384.

desmentida pelos estudos comportamentais⁴⁴ –, tampouco, conhecedora dos mercados em que atua.

No mais, é preciso ter em mente que dar livre curso ao desenvolvimento ‘espontâneo’ não cria as condições da liberdade. A ‘mão invisível’ acaba por desembocar em um monopólio absoluto ou na guerra de todos contra todos, não na harmonia⁴⁵.

Referências

ACCIOLY, João Uzêda. Hermenêutica *pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

ALBUQUERQUE, Alexandre Farias. **Fatores de mortalidade de pequenas empresas**: análise de empresas do setor varejista a partir do ciclo de vida organizacional. 2013. 339f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo (Escola de Engenharia de São Carlos). São Carlos, 2013.

ARNAUD, André-Jean. Pode o direito negar a natureza? In: In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARNT RAMOS, André Luiz. **Segurança jurídica e enunciados deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 2019. 228 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (Programa de Pós-Graduação em Direito). Curitiba, 2019.

BEDÊ, Marco Aurélio. **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília: Sebrae, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**: histórias de deuses e de heróis. 34. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.

CAENEGEM, Raoul C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1988.

CATALAN, Marcos. Na escuridão do labirinto, sem a companhia de Ariadne, tampouco a de Teseu: uma ligeira reflexão acerca da medida provisória da liberdade econômica, **Re-**

⁴⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

⁴⁵ JAPPE, Anselm. **Crédito à morte**: a decomposição do capitalismo e de suas críticas. Trad. Robson J. F. de Oliveira. São Paulo: Hedra, 2013. p. 218.

vista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 2, p. 07-14, 2019.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A Constituição na sala de espelhos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 108, n. 1000, p. 215-226, fev. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, Luis Fernando Filardi et al. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas da cidade de São Paulo. **Gestão & Produção**, São Carlos, v. 19, n. 4, p. 811-823, 2012.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

GERCHMANN, Suzana; CATALAN, Marcos. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. In: EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JAPPE, Anselm. Crédito à morte: a decomposição do capitalismo e de suas críticas. Trad. Robson J. F. de Oliveira. São Paulo: Hedra, 2013.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

MAIA, Rodrigo. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 6, n. 1, 93-115, maio 2018.

PEDROSA, Laurício. La autonomía privada y la libertad contractual: evolución conceptual y análisis de las recientes alteraciones en el código civil brasileño. **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, n. 16, p. 367-393, 2019.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

ro: GZ, 2011.

SILVEIRA, Daniel. Por três anos seguidos, Brasil fecha mais empresas do que abre, diz IBGE. G1, Rio de Janeiro, 03 OUT 2018. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/03/por-tres-anos-seguidos-brasil-fecha-mais-empresas-do-que-abre-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em 21.02.2020.

STENGERS, Isabelle; PIGNARRE, Philippe. **La brujería capitalista**. Trad. Victor Goldstein. Buenos Aires: Hekht, 2017.

VILLAS BÔAS, Bruno. Maioria das empresas fecha as portas após cinco anos, diz IBGE. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 04 out. 2017. Disponível em <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2017/10/04/maioria-das-empresas-fecha-as-portas-apos-cinco-anos-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em 21.02.2020.

ZAGO, Marina Fontão. Abrangência federativa. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). **Comentários à lei da liberdade econômica**. São Paulo: RT, 2019.

CAPÍTULO 18

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A HERANÇA DIGITAL¹

*Marcos Ehrhardt Jr.*²

Introdução

À medida que nossas interações sociais e econômicas se intensificam em ambientes virtuais, é natural que surjam novos questionamentos acerca da natureza jurídica e da segurança das ações praticadas através da rede mundial de computadores. Se cada vez menos dependemos do suporte físico, baseado em papel, para celebrarmos nossos contratos, é inegável que o avanço tecnológico permitiu a utilização de bens e serviços que não existiam no tempo da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, decorridos mais de trinta anos.

Até o momento, muitos se ressentem de um vácuo legislativo sobre temas relacionados à tecnologia, situação que se agravou nos últimos meses, uma vez que os recentes desafios decorrentes das medidas de enfrentamento da pandemia sanitária da Covid-19 provocaram significativa mudança de comportamento em grande parte da população que resistia à utilização de plataformas eletrônicas de contratação de bens e serviços. Termos como app, delivery e streaming passaram a integrar o vocabulário de boa parte dos consumidores nos últimos anos.

As dúvidas surgem quanto aos meios de pagamento eletrônico e às obrigações relativas ao exercício do direito de arrependimento, mas também podem ser identificadas no que se refere à própria utilização das plataformas digitais de comércio eletrônico, desde a identificação precisa do fornecedor-vendedor até a compreensão das instruções para se ter acesso, via download, ao conteúdo

¹ Artigo originalmente publicado no livro “Herança Digital”, editado pela editora Foco sob coordenação de Ana Carolina Brochado e Livia Leal.

² Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (Ufal) e do Centro Universitário Cesmac. Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Presidente da Comissão de Enunciados e Vice-Presidente da Comissão de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Associado do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC) e Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

digital oferecido. Não é tarefa fácil para quem cresceu e se formou num ambiente analógico migrar para um admirável mundo novo, onde a conectividade relativiza noções de tempo e espaço e está ao alcance de um toque na tela de um smartphone.

Muitas pessoas, de diferentes idades e de níveis de escolaridade diversos, não se deram conta de que foram lançadas em plataformas e aplicativos de comércio eletrônico sem ter clareza acerca da natureza dos serviços oferecidos, o que se agrava no contexto da massificação das relações em um mercado de consumo cada vez mais impessoal, no qual a assimetria do poder negocial não deixa espaço para o exercício da autonomia privada, colocando em xeque o efetivo exercício de direitos fundamentais.

Se grande parte de nossa rotina acontece num ambiente digital, é natural que acumulemos arquivos de mídia (fotos, vídeos, música), documentos (cartas, memorandos, apresentações e planilhas) e mensagens (áudio, texto) que integram o universo de coisas que podem ser objeto de uma relação jurídica. Esse diversificado conjunto de bytes ocupa um espaço crescente em nossas vidas. Quem perde seus arquivos ou tem um telefone extraviado (sem um backup atualizado), rapidamente percebe o quanto dependemos de informações que não estão registradas em papel.

E qual deve ser o destino desse acervo de bens digitais depois de nossa morte?

Enquanto alguns projetos de lei tramitam no Congresso Nacional, os primeiros casos começam a chegar ao Poder Judiciário. Os debates sobre a herança digital vêm sendo apresentados sob os mais diversos matizes, ora envolvendo aspectos de direito sucessório, ora se expandindo para o campo puramente contratual ou da tutela da propriedade, ora atingindo aspectos relacionados à proteção da privacidade; originados, em geral, na disciplina do Código Civil, cuja arquitetura pressupõe a existência de paridade entre os figurantes da relação jurídica.

No entanto, considerável parcela das relações que originam os bens digitais costuma estar situada no campo das relações de consumo. Por essa razão, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o presente trabalho pretende analisar a aplicação dos princípios e regras atinentes às relações de consumo quando do surgimento de lides envolvendo o destino do acervo de bens digitais do autor da herança, tendo como cerne o dever de informação e os termos de uso das plataformas que oferecem bens e serviços digitais.

1 Afinal, o que são bens digitais?

Antes de se discutir a transmissão dos bens digitais, é preciso delimitar os contornos desta categoria. É justamente na disparidade de compreensões sobre o tema que reside boa parte das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Um ponto de partida para responder à indagação proposta é analisar se estamos diante de uma nova categoria, ou se a compreensão tradicional acerca dos bens jurídicos é suficiente e adequada para tratar do problema.

Costumamos definir bem como tudo aquilo que satisfaz uma necessidade. Essa noção nem sempre foi a mesma ao longo da nossa evolução histórica, na medida em que a ideia de utilidade guarda estrita relação com as necessidades de um dado momento, ora se limitando a necessidades puramente vitais direcionadas à própria sobrevivência do indivíduo, ora exigindo a satisfação de aspectos relacionados ao atual estágio de desenvolvimento cultural, econômico e técnico da realidade contemporânea, o que exige a tutela de bens imateriais, independentemente de sua expressão econômica, do mesmo modo como tradicionalmente se protegem bens materiais com valor pecuniário.

Sob o ponto de vista jurídico, bem é aquilo que pode ser objeto de uma relação jurídica, vale dizer, “*utilidades materiais ou imateriais que podem ser objeto de direitos subjetivos*”³. Carlos Roberto Gonçalves ensina que todo direito tem seu objeto, sobre o qual se desenvolve o poder dos sujeitos de direito, como instrumento de realização de suas finalidades jurídicas⁴.

Caio Mário da Silva Pereira trata do assunto com uma simplicidade ímpar, que merece transcrição:

Bem é tudo que nos agrada: o dinheiro é um bem, como é a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; bem é ainda a alegria de viver o espetáculo de um pôr-do-sol, um trecho musical; bem é o nome do indivíduo, sua qualidade de filho, o direito à sua integridade física e moral. Se todos são bens, nem todos são bens jurídicos. Nesta categoria inscrevemos a satisfação de nossas exigências e nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica⁵.

A citação acima demonstra que a expressão econômica, denominada por alguns de economicidade ou patrimonialidade, não é requisito essencial para que um bem possa se tornar objeto de uma relação jurídica, uma vez que o ordenamento vigente também protege os direitos da personalidade, independentemente do fato de terem existência material ou não. Em outras palavras, a noção de bem juridicamente protegido é mais restrita do que o sentido que comumente emprestamos à palavra bem.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 306.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. I, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. 1, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 400-1.

Mas o conceito de bem não se exaure nas hipóteses acima comentadas. Prestações, ou seja, uma conduta humana (comissiva ou omissiva, que enseje uma obrigação de dar, fazer ou não fazer) também podem ser objeto de uma relação jurídica, como também direitos sobre outros direitos. Nesse sentido, o já mencionado Carlos Roberto Gonçalves anota que

Em sentido amplo esse objeto pode consistir em coisas (nas relações reais), em ações humanas (nas relações obrigacionais) e também em certos atributos da personalidade, como o direito à imagem, bem como em determinados direitos, como o usufruto de crédito, a cessão de crédito, o poder familiar, a tutela etc.⁶

Importante perceber que a noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica, pois não fica restrita às coisas suscetíveis de apreciação pecuniária, abrangendo tudo aquilo que atende a nossas necessidades e está amparado pela ordem jurídica. Logo, podemos afirmar que “todo bem econômico é jurídico, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo bem jurídico é econômico”⁷.

Anote-se ainda que a satisfação das necessidades do homem enquanto paradigma absoluto para a definição do objeto do direito vem sendo cada vez mais relativizada⁸ e não mais se resume à **proteção de bens econômicos mate-**

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. I, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233.

⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179. Atente-se para o fato de que a relação jurídica é sempre *intersubjetiva*, constituída entre o titular de direito e os demais figurantes do tráfego jurídico e não entre pessoa e coisa, situação contrária à própria noção de direito enquanto fenômeno social. Desse modo, o objeto da relação jurídica obrigacional é a *prestação* de alguém, conduta que se materializa através de um fazer, dar ou não fazer, e por isso não pode ser confundido com a *coisa*, objeto da prestação em si. Em síntese: o objeto imediato da relação jurídica (sempre uma prestação, ou seja, conduta humana) não se confunde com o objeto da prestação em si (bem jurídico). Ao comentar a teoria dos bens jurídicos na doutrina italiana, Pietro Perlingieri aduz que “1) o bem jurídico é o objeto de uma situação subjetiva; 2) toda situação jurídica tem um bem como objeto; 3) os bens podem ser patrimoniais e não-patrimoniais (a patrimonialidade não é um caráter necessário do objeto do direito); 4) a teoria dos bens não requer o gozo exclusivo, já que podem ser concebidos bens a gozo necessariamente múltiplo por parte de uma multiplicidade de sujeitos; a teoria dos bens não corresponde nem à teoria do objeto do direito de propriedade nem àquela do objeto do direito subjetivo: é possível imaginar bens que não podem se encaixar nestas categorias, mas podem ser, legitimamente, objeto de outras situações subjetivas (...)” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237).

⁸ Cf. LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199. Para o autor, as características tradicionalmente apresentadas pela doutrina brasileira para definição da natureza jurídica dos bens (economicidade, utilidade, suscetibilidade de apropriação e exterioridade) são mitigadas pelas “transformações contemporâneas das relações da pessoa humana com o meio ambiente e com outros interesses difusos e coletivos”. Aqui, para melhor delimitação da compreensão contemporânea da tutela dos bens jurídicos, cabe a reflexão de Gustavo Tepedino e Milena Oliva:

riais. Por exemplo, nossa legislação que trata das relações de consumo consagra o direito à informação entre as garantias básicas do consumidor, e a propriedade intelectual ganha relevo com o desenvolvimento de *softwares*, de novos medicamentos e com a definição de marcas comerciais de visibilidade global, cujos valores envolvidos em sua utilização superam em muito a importância econômica da maioria dos bens corpóreos.

Pelas opiniões doutrinárias acima transcritas, não é difícil concluir que o acervo digital de nossas vidas se enquadra na definição de bem jurídico. No entanto, tal categoria precisa ser ressignificada para que os elementos de seu suporte fático possam ser adequadamente traduzidos para o mundo digital.

Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal, em artigo no qual apresentam propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro, aduzem que a doutrina pátria costuma dividir o “patrimônio digital” de seguinte forma:

De tais vetores, a doutrina costuma dividir o patrimônio digital da seguinte forma: (i) bens digitais patrimoniais, aqueles conteúdos que gozam de valor econômico, como milhas aéreas, bibliotecas musicais virtuais, acessórios de videogames e outros; (ii) bens digitais personalíssimos, que compreendem aquela parte do acervo dotado de valor existencial, seja do titular, seja de terceiros com os quais se envolveu, a exemplo de correios eletrônicos, redes sociais como o WhatsApp e o Facebook, e outros; (iii) por fim, os bens digitais híbridos, cujo núcleo seja abrangido tanto por conteúdo personalíssimo como patrimonial, como contas do YouTube de pessoas públicas que são monetizadas pela elevada quantidade de acessos⁹.

Vale esclarecer, consoante lição de Francisco Amaral, que “o patrimônio é o total dos direitos da pessoa, de valor econômico, mas não é objeto de direito¹⁰.”

“Vê-se, portanto, que a noção de bens jurídicos, embora se situe na estrutura da relação jurídica, só poderá ser compreendida de acordo com a função desempenhada pela situação jurídica que serve de objeto. Mostram-se, por isso mesmo, ociosos e passíveis de críticas os longos elencos de bens jurídicos descritos pela manualística, em abordagem penosa e meramente estrutural. O significado do bem jurídico depende essencialmente do interesse que o qualifica e sua classificação há de ser apreendida na esteira da função que o bem desempenha na relação jurídica” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil:** teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1. p. 181).

⁹ HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. *Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 380-1.

¹⁰ Marcos Bernardes de Mello, citando Pontes de Miranda, sintetiza bem a questão: “do ponto de vista jurídico, patrimônio, é a soma de todos os direitos patrimoniais, e somente desses, que toquem a um sujeito de direito. No conceito de patrimônio não entram bens, mas os direitos a ele relativos (...). Por isso, em rigor, o que integra o patrimônio de A não é o apartamento do edifício X, mas seu direito de propriedade (domínio) sobre ele. Também não se podem considerar incluídos no patrimônio

Não há direito de propriedade sobre o patrimônio, se bem que ele seja o meio de que os credores dispõem para realizar seus créditos”¹¹.

Adverte PAULO LÔBO que “toda pessoa é dotada de um patrimônio, até o mais miserável dos homens”¹², e prossegue lembrando que:

Não integram o patrimônio da pessoa suas titularidades sobre os bens que não possam ser lançados no tráfego jurídico. Os direitos da personalidade, enquanto tais, são intransmissíveis e intransferíveis, salvo alguns de seus efeitos patrimoniais (direitos patrimoniais de autor, autorização de uso de imagem). Do mesmo modo, o corpo humano. Não integram o patrimônio as qualidades e habilidades da pessoa, ainda que projetem efeitos econômicos, como a competência técnica, o trabalho, a reputação profissional. Passam a ter reflexos no patrimônio quando são lesados, em virtude do valor da reparação pecuniária¹³.

Se é possível distinguir diferentes categorias de bens digitais, é fácil concluir pela impossibilidade de se emprestar tratamento uniforme¹⁴ a todas elas, razão pela qual a definição proposta por Ana Carolina Brochado Teixeira e Li-

direitos que não tenham caráter patrimonial, de modo que não se pode pensar como integrantes do patrimônio os bens da vida de cunho exclusivamente moral; por isso, a expressão patrimônio moral parece-nos imprópria em linguagem jurídica. Esses bens morais integram a esfera jurídica, não o patrimônio”. (In Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2003, nota 129 da p.75).

¹¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução, 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 339. O referido autor ainda esclarece que a transmissão do patrimônio só é total ou universal no caso de morte (pessoas naturais) ou no de fusão ou incorporação (pessoas jurídicas), e é parcial (alguns direitos apenas) quando entre vivos (p. 340).

¹² LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

¹³ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203. Neste diapasão, importante apresentar a distinção entre as noções de patrimônio e esfera jurídica, empregada por Pontes de Miranda para se referir ao conjunto das situações jurídicas relativas a determinado sujeito de direito, ou, como prefere Marcos Bernardes de Mello, “a totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, os deveres e obrigações, que, especificamente, lhe dizem respeito, inclusive certos direitos públicos que não se subjetivam, tenham ou não mensuração econômica, e as qualificações individuais relativas ao status das pessoas” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico.** Plano da Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74).

¹⁴ No mesmo sentido parecem ser as conclusões de Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Leal, que ao tratarem da possibilidade de partilha de bens digitais em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, aduzem que: “A discussão a respeito da possibilidade ou não de partilha de bens digitais em decorrência da dissolução da sociedade conjugal envolve o enfrentamento de alguns problemas, com a definição e o estabelecimento de critérios para o enquadramento de um bem como bem digital, a possibilidade de quantificação econômica, ou seja, de conversão dos bens digitais em uma cifra econômica, a definição do regime jurídico aplicável, a determinação da titularidade, e, por fim, a possibilidade ou não de divisão de tais bens”. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunitários.* In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 336).

via Teixeira Leal considera bens digitais “todos aqueles conteúdos constantes na rede, passíveis ou não de valoração econômica, que proporcionem alguma utilidade para o seu titular”¹⁵, concluindo as referidas autoras que “os perfis de redes sociais, os *e-books*, as contas de *e-mail*, jogos virtuais etc. poderiam ser enquadrados como bens digitais, sendo ou não suscetíveis de apreciação econômica”¹⁶.

Everilda Brandão anota que a migração dos bens corpóreos para o meio digital, naquilo que representa grande parte da intimidade de uma pessoa (como livros, músicas e fotos) cria novas demandas jurídicas. Sustenta que a forma de sucessão de um bem corpóreo e patrimonial não pode ser tratada do mesmo modo de um bem digital, ao ponderar que “enquanto os bens corpóreos possuem a marca da apropriação e da tradição, num grande sistema de trocas, o bem digital tem seu pilar na experiência do usuário, por isso sua expressiva carga de direito da personalidade”¹⁷.

Cumprida a tarefa de apresentar o estado da arte acerca da delimitação da compreensão do sentido conferido aos bens digitais, debate que deve ser expandido e ampliado nos próximos anos, não podemos perder de vista que na falta de legislação específica, o disciplinamento das relações jurídicas a eles relacionadas vem ocorrendo através de instrumentos contratuais, normalmente elaborados de modo unilateral pelos fornecedores de produtos e serviços, que se apresentam em evidente vantagem técnica, jurídica e informacional em relação ao outro figurante da relação negocial.

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 337.

¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. *Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 337. Ainda sobre este tema, Bruno Zampier distingue os bens digitais “patrimoniais” dos bens digitais “existenciais”, sustentando que os primeiros consistiriam em “manifestações da existência de interesses patrimoniais de seus titulares no ambiente virtual”, incluindo filmes, músicas, livros, moedas digitais etc., e atraindo a tutela jurídica relativa ao direito de propriedade (LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 75.). Por outro lado, a segunda categoria (bens digitais existenciais) corresponderia àquelas informações capazes de gerar repercussões extrapatrimoniais, atraindo a tutela direcionada aos direitos da personalidade.

¹⁷ GUILHERMINO, Everilda Brandão. Para novos bens, um novo direito sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 166-7. Aqui ainda vale destacar mais uma importante observação da autora: “as políticas de uso das plataformas têm tornado os provedores verdadeiros sucessores de certos bens digitais na medida em que não permitem como regra a sucessão das informações, nem mesmo as de conteúdo econômico” (p. 167). Mais adiante, seguem observações dignas de reflexão: “Mas como suceder algo cuja marca é a experiência e não a apropriação? Uma nova linguagem precisa ser escrita no Código Civil. Não se sucede a experiência existencial do uso de bens digitais, mas é possível ter um direito de acesso, cujas limitações e parâmetros sejam determinados pelo direito das sucessões” (p. 168).

Tal constatação justifica prosseguirmos neste estudo, com ênfase naqueles bens de evidente significação patrimonial, utilizando as lentes do Código de Defesa do Consumidor, mormente no que concerne à regulação dos contratos de adesão.

2 A incidência das normas protetivas do CDC sobre os bens que integram a herança digital

Quando criamos um perfil numa rede social para interagir com parentes e amigos, quando contratamos transporte aéreo para uma viagem de lazer, ou utilizamos nosso cartão de crédito, estamos praticando condutas na condição de destinatário final de um produto ou serviço (art. 2º, CDC), numa relação jurídica com outro figurante que normalmente vive profissionalmente da oferta de produtos e serviços, enquadrando-se no disposto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Estabelecidas as premissas para a incidência do CDC, norma de ordem pública e interesse social, importa esclarecer que o requisito da onerosidade, previsto no seu art. 3º, deve ser interpretado de modo amplo, envolvendo não apenas a contraprestação direta pelo serviço, vale dizer, o pagamento em pecúnia para a sua utilização, mas também os ganhos indiretos obtidos pelo fornecedor a partir do tratamento dos dados pessoais dos usuários, principal moeda da nova economia que orienta as relações no mundo digital¹⁸.

Dito de outro modo: os serviços que usamos diariamente na internet, tais como redes sociais, buscadores, navegadores, correio eletrônico e armazenamento remoto de arquivos (nuvem), são aparentemente gratuitos, e as plata-

¹⁸ Sobre este tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que: “1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor”. (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/5/2012, DJe 19/6/2012). Importante destacar também o teor do AgInt no REsp 1678644/BA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12/11/2018, DJe 16/11/2018, que também trata do tema. Especificamente sobre programas de recompensa, pode-se destacar o seguinte julgado: “APELAÇÃO. Ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de nulidade de cláusula contratual. Sentença de procedência. Programa de fidelidade. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Benefícios de remuneração indireta que atraem número elevado de pessoas, tratando-se, ademais, de fonte de captação de clientes que gera grande lucratividade à empresa. Alteração do contrato. Limitação para resgates de pontos e transferência de milhas a favor de terceiros. Descabimento. Restrição unilateral que prejudica tão somente o consumidor. Sentença mantida. Elevação da verba honorária. Art. 85, § 11, CPC. Recurso não provido”. (TJSP; Apelação Cível 1085243-56.2018.8.26.0100; Relator (a): Décio Rodrigues; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 3/3/2020; Data de Registro: 3/3/2020).

formas que os disponibilizam estão sujeitas à disciplina do CDC, especialmente ao disposto no art. 6º, que consagra o rol dos direitos básicos dos consumidores, elenco meramente exemplificativo, uma vez que não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (Cf. art. 7º, CDC).

Desse modo, além da proteção contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços e de nos ser assegurada liberdade de escolha nas contratações, sobressai o rol de direitos os relacionados à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço.

É evidente a correlação entre o dever de informar e a boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC/02. Neste diálogo de fontes, as condutas dos figurantes numa relação de consumo devem ser analisadas de modo a proteger o consumidor contra métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Constatado o abuso, assegura-se a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, sem prejuízo da efetiva reparação por eventuais danos infligidos ao consumidor.

A importância de tais direitos fica em evidência quando analisadas situações contratuais concretas. No rol dos bens digitais, é comum encontramos referências a programas de fidelidade, sejam estes ofertados por instituições bancárias, empresas de cartão de crédito, companhias aéreas ou lojas de varejo. Nesses programas, costuma-se oferecer um “catálogo de recompensas”, muitas vezes definido como um “conjunto de produtos, serviços, promoções e/ou programas de incentivo à fidelidade comercial”, disponível para resgate nos diversos canais disponibilizados pelo programa através de “pontos”, vale dizer, unidades de medida utilizadas para contabilizar o acúmulo e o resgate dos benefícios oferecidos¹⁹.

No exercício de sua livre-iniciativa, o fornecedor emprega termos de uso, ou seja, condições gerais de contratação, que muitas vezes incidem simultaneamente em diversos países, sem considerar as peculiaridades do ordenamento jurídico local, cometendo flagrantes abusos, especialmente no que se refere à tentativa de limitação de sua responsabilidade²⁰.

¹⁹ As definições aqui mencionadas foram adaptadas, para fins meramente ilustrativos, do regulamento do Programa “Livelo”, disponível em <<https://www.livelo.com.br/regulamento-programa-pontos-livelo>> (acesso em 30 de janeiro de 2021), e não diferem de modo significativo de outros programas congêneres.

²⁰ Neste sentido: INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. ENTIDADE PARCEIRA DE MILHA-

Além disso, muitas vezes se utilizam de categorias e termos que necessitam ser delimitados para assegurar sua compreensão, lançando mão de listas de verbetes ou glossários que são integrados aos instrumentos negociais, invariavelmente elaborados de modo unilateral, sujeitos a constantes atualizações, sem que seja concedida aos usuários a possibilidade de discussão de seu conteúdo, numa clássica estrutura assimétrica de poder que sujeita o vulnerável aos interesses patrimoniais do fornecedor.

Para a exata compreensão dos desafios de se discutir a transmissibilidade dos bens digitais, vale dizer, a (im)possibilidade de se admitir a existência de uma “herança digital”, é preciso considerar com mais cuidado o conteúdo desses termos de uso, que no exercício da autonomia privada precisam ser estudados à luz do caso concreto, de modo a se considerar suas especificidades.

Deve-se partir da premissa de que os “programas de recompensa” ou de “fidelidade” são contratos de consumo, e como tais devem ser disciplinados. Por essa razão, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado, conforme preconiza o art. 30 do CDC.

Além disso, os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Esta é a redação do art. 46 do CDC, que deve ser interpretado conjuntamente com o disposto no art. 47; este determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Estabelecidas tais premissas, deve-se retornar a análise específica dos programas de fidelidade e suas prometidas “recompensas”. O verbete faz referência a qualquer produto, serviço, vantagem e/ou benefício resgatado com pontos pelo consumidor participante, que, de acordo com disposição quase universal inclusa nos termos de uso e condições gerais de programas deste tipo, proíbe expressamente a negociação (pelo participante) dos pontos ou das recompensas oferecidas, sob qualquer forma, “incluindo, mas não se limitando,

GEM (SMILES). RELAÇÃO DE CONSUMO. Empresa de milhagem que participa da cadeia de consumo, sendo responsável solidária pelos danos causados ao consumidor, pois a aquisição e reserva da passagem aérea é feita por meio de parceira com a empresa aérea. Inexistência de fato de terceiro ou culpa exclusiva imputável à empresa aérea. Precedentes deste E. TJSP. Dano moral. Caracterização. Autor que não teve a acesso a dois voos contratados, tendo que se deslocar por meio terrestre. Majoração da condenação. Recurso do autor provido. Recurso da corré não provido. (TJSP; Apelação Cível 1008716-06.2019.8.26.0625; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taubaté - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/6/2020; Data de Registro: 26/6/2020).

à sua compra, venda, cessão ou permuta”, sob pena de imediata exclusão do participante do programa e do cancelamento dos pontos²¹.

Cite-se, como exemplo, o regulamento do “programa de vantagens TUDOAZUL”²², apresentado pela companhia aérea como:

um programa de vantagens baseado no acúmulo de Pontos decorrente da aquisição de serviços da Azul ou produtos e/ou serviços de Parceiros, Pontos estes que podem ser utilizados para troca por produtos e/ou serviços ofertados pela Azul e suas subsidiárias – tais como passagens aéreas, pacotes de viagem, transporte de cargas, etc. - e/ou pelo Programa de Vantagens TudoAzul.

Em seus termos de uso, o fornecedor informa que “poderá excluir ou suspender a Conta, bem como o acesso do Participante caso este: (i) negocie seus pontos com terceiros, fora das regras previstas neste Regulamento, incluindo, mas não se limitando, aos casos de compra e venda irregular ou comercialização de bilhetes aéreos ou de produtos/serviços adquiridos total ou parcialmente com pontos”.

Prosseguindo com a leitura do regulamento citado, merece destaque o item que esclarece que “os Pontos acumulados e as Contas do Participante no TudoAzul são de propriedade da Azul, e a utilização destes somente poderá ser feita em conformidade com o previsto neste Regulamento”, razão pela qual:

É vedado ao Participante praticar todo e qualquer tipo de comercialização dos benefícios ou vantagens obtidas através do programa TudoAzul, inclusive, mas não se limitando a vendas, cessões ou permutas de Pontos / Bilhetes aéreos / produtos ou serviços adquiridos total ou parcialmente por meio de Pontos. A comprovação de tais práticas ensejará a suspensão ou exclusão do Participante do Programa e o cancelamento de seus Pontos, independente de serem tomadas as medidas judiciais cabíveis e sem que qualquer indenização seja devida ao Participante.

²¹ Vide item 10.1 do Regulamento do Programa Lívolo, aqui referido apenas a título ilustrativo, para ajudar a esclarecer a natureza jurídica e efeitos dos programas de fidelidade e recompensas. O inteiro teor do dispositivo segue transcrito, para melhor compreensão: “10.1. Fica expressamente proibida a negociação, pelo Participante, dos Pontos e/ou das Recompensas oferecidas pela Lívolo ou seus Parceiros, sob qualquer forma, incluindo, mas não se limitando, à sua compra, venda, cessão ou permuta. A comprovação de tais práticas ensejará a imediata exclusão do Participante do Programa Lívolo e o cancelamento dos Pontos, independentemente de serem tomadas todas as medidas judiciais cabíveis, reservando-se a Lívolo, inclusive, ao direito de recusar novo cadastro do Participante”.

²² Disponível em <<https://tudoazul.voeazul.com.br/web/azul/terms-and-conditions2020>>. Acesso em 30 de janeiro de 2021. Regulamento referido apenas a título ilustrativo, para ajudar a esclarecer a natureza jurídica e efeitos dos programas de fidelidade e recompensas

O grande esforço publicitário para a divulgação desses programas infelizmente não corresponde ao cuidado esperado com a transparência e o efetivo esclarecimento do usuário quando aos termos de uso. Fácil localizar nos sites as alegadas vantagens de adesão ao programa, embora não seja igualmente simples encontrar o inteiro teor dos termos de uso para a compreensão das responsabilidades contratuais dos envolvidos. O senso comum e a experiência nos ensinam que significativa parte dos consumidores desconhece os limites dos programas de recompensa, atribuindo erroneamente aos pontos natureza jurídica equivalente à moeda corrente.

Veja-se o caso das negociações envolvendo a transferência de pontos, as “milhas” dos programas de vantagens das companhias aéreas. Entre participantes desses programas, tal conduta é prática recorrente, existindo, inclusive, plataformas eletrônicas de intermediação, criadas especificamente para este tipo de atividade²³, comportamento previsto nos regulamentos dentro de certos limites, que acabam por gerar a sensação de propriedade sobre os benefícios ofertados e a pretensão de transmissibilidade causa mortis, o que, pelo menos no exemplo em análise, é vedado expressamente, conforme transcrito abaixo:

O TudoAzul permite ao Participante transferir seus Pontos para conta de terceiros somente através do produto específico “Transferência de Pontos entre Contas TudoAzul”, respeitando assim todas as suas condições disponibilizadas pelo TudoAzul no momento de sua adesão, sendo vedada

²³ Citem-se, como exemplo, serviços disponíveis pela MAXMILHAS no site www.maxmilhas.com.br. Conforme termos de uso do fornecedor: “A MAXMILHAS não é o proprietária das milhas ofertadas pelos USUÁRIOS e não guarda a posse delas, servindo apenas como um intermediário entre os USUÁRIOS e as companhias aéreas, não se responsabilizando ainda por eventuais danos ou lucros cessantes causados aos seus USUÁRIOS por eventuais cancelamentos de passagens já emitidas pelo USUÁRIO vendedor, ou pelas companhias aéreas (...). Tampouco intervém na entrega e/ou uso das milhas e/ou na emissão das passagens aéreas em decorrência da aquisição das milhas e/ou Passagens Tarifadas através da plataforma MAXMILHAS, nem no controle da quantidade de milhas e/ou passageiros agraciados pela emissão das milhas pelo USUÁRIO vendedor, conforme regras dos programas de fidelidade das companhias aéreas, de responsabilidade única e exclusiva do USUÁRIO vendedor, apesar da MAXMILHAS fornecer ferramentas que facilitem este controle. (...)”. Tem-se ainda cláusula de limitação de responsabilidade, redigida nos seguintes termos: “A MAXMILHAS não se responsabiliza pela qualidade, estado, integridade ou legitimidade das Passagens Tarifadas e/ou das milhas ofertadas pelos USUÁRIOS vendedores e adquiridos pelos USUÁRIOS compradores, assim como pela capacidade para contratar dos USUÁRIOS ou pela veracidade dos dados pessoais por eles inseridos em seus CADASTROS. A MAXMILHAS também não outorga garantia por vícios ocultos ou aparentes nas negociações entre os USUÁRIOS, sendo a negociação entre os USUÁRIOS feita por sua própria conta e risco. No entanto, caso fique verificado que algum erro tenha sido provocado exclusivamente em virtude da plataforma da MAXMILHAS, a MAXMILHAS indenizará o USUÁRIO comprador e/ou o USUÁRIO vendedor até o valor máximo das milhas adquiridas e/ou vendidas ou das Passagens Tarifadas. (Cf. <https://www.maxmilhas.com.br/terms/client-register> Acesso em 30 de janeiro de 2021).

a transferência dos Pontos para terceiros por sucessão ou herança. Dessa forma, no caso de falecimento do Participante titular de uma Conta do Programa, a referida Conta será encerrada, e os Pontos existentes e quaisquer Passagens Aéreas pagas utilizando-se de Pontos serão cancelados. A utilização indevida de Pontos do Participante já falecido sujeitará o infrator às medidas judiciais cabíveis nos termos da legislação vigente.

Da análise sistemática das disposições citadas acima e dos recorrentes dispositivos que reforçam o “uso pessoal, intransferível e de exclusivo” das contas dos usuários desses programas, é possível deduzir que, por disposição contratual, os benefícios oferecidos não podem ser cedidos ou compartilhados de qualquer forma e se extinguem por sua não utilização²⁴.

Por conseguinte, não seriam transmissíveis aos sucessores, a qualquer título, sendo simplesmente cancelados com a morte do titular da conta vinculada ao programa. Esse é o principal ponto de dissenso nas lides que já se apresentam sobre o tema, merecendo análise sob as luzes do dever de boa-fé objetiva, que consagra a informação como direito básico do consumidor.

3 Dever de informar e a (im)possibilidade do reconhecimento da abusividade das cláusulas que limitam a transmissibilidade de bens digitais de conteúdo patrimonial

Atualmente muitas pessoas são surpreendidas quando informadas acerca da não transmissibilidade dos pontos em programas de recompensas, sejam programas relacionados a cartões de crédito, bancos, lojas de varejo ou companhias aéreas. Na ausência de uma legislação sobre o tema, o assunto é disciplinado de modo diverso por cada um dos contratos de cada programa.

Existe um crescente mercado paralelo voltado à comercialização destes pontos, numa lógica que igualmente se aplica a perfis em redes sociais (v.g.: ca-

²⁴ Neste sentido, o regulamento do programa Nivel, aqui já referido, dispõe no item 3.6, que: “as contas que não tiverem qualquer acúmulo ou Resgate de Pontos, por período superior a 36 (trinta e seis) meses, poderão ser canceladas pela Nivel. Quaisquer pontos existentes na Conta Nivel cancelada serão cancelados igualmente, sem que seja devida qualquer indenização ou restituição por parte da Nivel para o Participante. O Participante será comunicado do cancelamento da Conta Nivel com pelo menos 90 (noventa) dias de antecedência. A comunicação ocorrerá exclusivamente pelos meios de contato fornecidos diretamente pelo Participante à Nivel”. A intransmissibilidade dos pontos em caso de morte do participante do programa está expressamente prevista no item 8.3 do Regulamento, nos seguintes termos: “8.3.É direito da Nivel cancelar a Conta Nivel do Participante, inclusive recusando novos acúmulos de Parceiros de Acúmulo ou novo cadastro por Parceiros ou pelo Participante, na ocorrência de quaisquer das seguintes situações: (i) inadimplemento das obrigações estabelecidas neste Regulamento ou nos regulamentos dos Parceiros de Acúmulo; (ii) falecimento do Participante; (iii) prestação de qualquer informação falsa pelo Participante à Nivel, seja diretamente ou através dos Parceiros de Acúmulo”.

nais no Youtube) e itens obtidos em plataformas de jogos eletrônicos, nas quais se cobiçam número de seguidores, itens raros que conferem vantagens nas partidas, entre outros aspectos que servem para quantificar o valor das transações.

Nos últimos anos, a importância do tema pode ser medida pela quantidade de demandas que versam sobre utilização fraudulenta desses pontos por terceiros não autorizados²⁵, razão pela qual vale transcrever ponderação de Bruno Zampier sobre a função social desses bens jurídicos:

(...) a propriedade de bens digitais, como qualquer outra propriedade nos dias atuais, fica submetida ao cumprimento da função social exigida pelo direito civil constitucionalizado. Sendo um tipo diferente de bem jurídico, haverá por certo um regime próprio de satisfação desta função, a partir da utilidade que tal bem poderá ter em concreto. Caberá ao aplicador do Direito, em especial ao magistrado, concretizar casuisticamente a cláusula geral que determina o cumprimento da função social.²⁶

Prosseguindo com seu raciocínio, o citado autor aduz que “além do evidente uso (*jus utendi*) e gozo (*jus fruendi*) que se possa fazer desses bens jurídicos, há que se garantir ao proprietário o direito de dispor (*jus abutendi*)”²⁷. Exercendo a faculdade de dispor, prossegue Bruno Zampier, “o proprietário poderia deletar o ativo digital, fornecê-lo em garantia a um credor, bem como aliená-lo onerosa ou gratuitamente”²⁸.

Do ponto de vista da teoria contratual clássica, negócios jurídicos celebrados entre um titular de conta de um programa de recompensas com um tercei-

²⁵ Para ilustrar tal afirmação, seja permitido transcrever decisão do TJSP sobre o tema: Prestação de serviços – Negociação de pontuação de milhas aéreas – Ação de obrigação de fazer cumulada com pleitos de reparação de danos e de tutela de urgência – Demanda de consumidor em face de empresa fornecedora – Sentença de procedência – Recurso da ré – Manutenção do julgado – Cabimento – Arguição de exercício regular de direito – Inconsistência jurídica – Autor que seguiu todas as etapas informadas por preposto da ré para transferência das milhas – Milhas que foram utilizadas por terceiro que se valeu dos dados cadastrais do autor – Circunstância que frustrou a transferência da pontuação que competia ao consumidor - Ausência de inadimplemento passível de imputação ao autor, que foi vítima de fraude em decorrência da fragilidade do “modus operandi” da ré – Fatos que também não legitimam a conduta da empresa, que enviou o nome do autor ao cadastro de proteção ao crédito - Incontrovertida existência de falha na prestação dos serviços – Inteligência ao art. 14 do CDC - Dano moral indenizável. (TJSP; Apelação Cível 1005997-40.2020.8.26.0003; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/12/2020; Data de Registro: 17/12/2020). No mesmo sentido: (TJSP; Apelação Cível 1015026-54.2019.8.26.0002; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II – Santo Amaro – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 3/9/2020; Data de Registro: 22/9/2020).

²⁶ LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 85.

²⁷ LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 77.

²⁸ LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 77.

ro (compra e venda, doação, cessão etc.), sem anuência do outro contratante, vale dizer, fornecedor titular do programa, não geram efeitos em observância ao princípio da relatividade dos contratos, cuja aplicação não se limita aos contratos paritários regidos pelo Código Civil, alcançando também os contratos de consumo. Seguindo esse raciocínio, não seria possível transmitir aos sucessores direitos e pretensões que estão submetidos a termo resolutivo (morte do titular) expressamente previsto nos termos de uso.

Há de se refletir acerca da possibilidade do reconhecimento judicial, mediante análise do caso concreto, da abusividade de tais disposições negociais impostas ao participante dos planos de recompensas, fazendo incidir na espécie o disposto no art. 51 do CDC, que considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, nos precisos termos do inciso IV do referido dispositivo, que considera exagerada a vantagem que (i) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence, (ii) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual, ou (iii) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Os critérios acima destacados devem ser considerados após verificação do modo como as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores foram apresentadas, pois diante da impossibilidade de compreensão fácil e imediata do seu teor, permitir-se-á o controle judicial dos abusos cometidos pelos consumidores.

Neste sentido:

Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual – Ação julgada procedente em parte – Recurso de ambas as partes – Programa de fidelidade LATAM FIDELIDADE (MULTIPLUS) - Alegação de arbitrariedade da alteração unilateral pela ré TAM de cláusula do regulamento do programa de fidelidade para limitar a possibilidade de transferência da pontuação acumulada pelo participante no programa para 24 pessoas distintas, no período de 12 meses – Abusividade – Inocorrência - Previsão expressa no regulamento do programa sobre a legitimidade da alteração do regulamento pela instituidora do programa, condicionada à prévia comunicação do participante com 90 dias de antecedência - Notificação do autor dentro do prazo estabelecido no regulamento (90 dias) – Validade da nova regra definida pela ré a fim de evitar eventuais vendas ou cessões fraudulentas da pontuação do programa a terceiros – Inaplicabilidade, todavia, da nova regra em relação aos pontos adquiridos pelo autor anteriormente à alteração do regulamento do programa, podendo o requerente utilizar

a pontuação adquirida antes da alteração contratual sem a limitação na quantidade de emissão de passagens em nome de terceiros – Aplicação do princípio da boa-fé objetiva – Sentença mantida – Recursos negados²⁹.

As últimas décadas consolidaram o entendimento jurisprudencial acerca dos efeitos do dever de informar, sendo essencial à análise do caso não limitar a instrução processual à verificação do contrato de adesão celebrado entre as partes, estendendo-se a investigação ao contexto da publicidade dirigida aos consumidores, consoante evidenciado no julgado a seguir transcrito:

Sobre os efeitos do dever de informar prescrito no CDC, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que (...) o Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV). 2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30. 3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade (...).³⁰

²⁹ TJSP; Apelação Cível 1004910-29.2019.8.26.0506; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 3/12/2020; Data de Registro: 3/12/2020.

³⁰ REsp 1365609/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe 25/5/2015. Ainda sobre o tema: (...) o art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. 4. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas,

Deve-se deixar bem claro que a indisponibilidade e a inafastabilidade das normas de proteção aos consumidores, mecanismo que visa garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, não significam colocar em risco o “progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios”³¹.

No que se refere especificamente ao dever de informação do fornecedor (inciso III do art. 6º do CDC), não se pode permitir a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de serventia para o consumidor, como já reconhecido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a “informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção)”, indicando não apenas as características intrínsecas do produto e serviço (informação-conteúdo), mas também como se deve utilizá-lo e quais são os seus riscos (informação-advertência), agregando-se ainda detalhes sobre custo, formas e condições de pagamento³².

manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. (REsp 1121275/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 17/4/2012).

³¹ REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/4/2007, DJe 19/3/2009.

³² REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/4/2007, DJe 19/3/2009. O julgado aqui referido merece a transcrição de mais um trecho: “(...) embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte. (...) 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores. 18. Ao Estado Social importa não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador (...). (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/4/2007, DJe 19/3/2009). Por esta razão, “o consumidor pode vir a sofrer dano por defeito (não necessariamente do produto), mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe, seja por ter informações deficientes sobre a sua correta utilização, seja pela falta de advertência sobre os riscos por ele ensejados”. (REsp 1358615/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 2/5/2013, DJe 1/7/2013).

Afastando-se da seara dos programas de recompensa, é importante distingui-los dos serviços de streaming³³, sendo relevante a advertência de Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Teixeira Leal:

Assim, no caso de e-books, músicas e filmes que sejam oferecidos em sistema de acesso, e não de propriedade, deve o consumidor ser informado adequadamente de que não está adquirindo o domínio sobre o produto, mas sim que está contratando uma licença de uso, sob pena de controle judicial da cláusula prevista pelos termos de uso em desacordo com o regramento protetivo. Nesse cenário, as contas vinculadas a aplicativos como Netflix, Spotify, Kindle etc. não são passíveis de partilha, já que, como regra, apenas geram o direito de acesso por parte do usuário, inviabilizando a lógica de divisão patrimonial, inclusive no que tange aos regimes de bens³⁴.

O mesmo raciocínio vale no que se refere à **impossibilidade da transmissão causa mortis** dos benefícios gerados por tais serviços.

Considerações finais

Existem diferentes pontos de vista para o que se deve considerar “herança digital”, razão pela qual se sugere remeter aos problemas da transmissão de bens digitais causa mortis. Muito do dissenso acerca do tema diz respeito a compreensões diversas sobre o que deveria compor o acervo de bens digitais, especialmente quando nos deparamos com a exploração econômica de bens personalíssimos como, por exemplo, o uso da imagem em plataformas digitais e redes sociais.

³³ Cite-se, por exemplo, os termos de uso do serviço de *streaming* de música denominado Spotify, que assim esclarece sua natureza jurídica: “O Serviço Spotify e o Conteúdo são de propriedade do Spotify ou dos licenciantes do Spotify. Nós concedemos a você uma permissão limitada, não exclusiva e revogável para fazer uso do Serviço Spotify e uma permissão limitada, não exclusiva e revogável para fazer uso pessoal e não comercial do Conteúdo (coletivamente, “Acesso”). Este Acesso permanecerá em vigor, a menos que seja encerrado por você ou pelo Spotify. Você promete e concorda que você está usando o Serviço Spotify e o Conteúdo para seu próprio uso pessoal, não comercial e que você não irá redistribuir nem transferir o Serviço Spotify ou o Conteúdo. O Conteúdo e os aplicativos de *software* Spotify não são vendidos nem transferidos para você, e o Spotify e os seus licenciantes retêm a titularidade de todas as cópias dos aplicativos de *software* Spotify e do Conteúdo, mesmo após a instalação em seus computadores pessoais, telefones celulares, *tablets*, dispositivos do tipo *wearable*, alto-falantes e/ou outros dispositivos (“Dispositivos”)”. (Disponível em <https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#1-introduc3a7c3a30>. Acesso em 30 de janeiro de 2021).

³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 343.

Na falta de normas específicas sobre o assunto, o maior desafio é aplicar regras e princípios, concebidos para um mundo analógico, a situações em que não há suporte físico, vale dizer, que não dependem do papel e ocorrem, por exemplo, no tráfego de dados da rede mundial de computadores. Já é possível encontrar discussões doutrinárias sobre precedentes judiciais que tratam do acesso a contas digitais de uma pessoa falecida. Mas o assunto está apenas começando.

Nos próximos anos, problemas envolvendo titularidade de criptomoedas, milhas aéreas e pontos em programas de fidelidade, acervo de livros e músicas digitais, além de controvérsias sobre a exploração econômica de canais de vídeo e contas pessoais em redes sociais, devem se intensificar no Judiciário, que infelizmente não parece estar preparado para lidar com toda a complexidade de tais situações.

Precisamos identificar e distinguir bens digitais de conteúdo econômico (titularidade de um livro eletrônico por exemplo) da expressão pessoal do indivíduo no universo virtual. Todos nós temos uma persona digital, vale dizer, uma expressão do exercício de nossa personalidade, direito indisponível e intransmissível, no universo virtual.

Não podemos tratar todas as situações virtuais da mesma forma. Quem utiliza o direito à privacidade como forma de limite à transmissibilidade dos “bens digitais” está justamente buscando conferir tratamento distinto a cada uma das situações, o que nem sempre é fácil de identificar, pois vivemos no tempo da “sociedade do espetáculo”, no qual muitos de nós, voluntariamente, abdicamos de nossas expectativas de privacidade e buscamos retorno financeiro com tais comportamentos.

Enquanto não dispusermos de normas específicas para tratar do tema, é preciso ressignificar a legislação em vigor, mediante uma interpretação prospectiva que considere a função dos institutos e dialogue com as diversas fontes normativas. O presente trabalho limitou-se a abordar a questão da transmissibilidade dos bens digitais de conteúdo evidentemente patrimonial, representando apenas uma fração da discussão de um assunto complexo, a merecer maior atenção da doutrina pátria.

Referências

AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. I, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. Para novos bens, um novo direito sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). Arquitetura do Planejamento Sucessório. Tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais. Indaiatuba: Foco, 2017.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. 1, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. Tutela jurídica dos bens digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAPÍTULO 19

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O TEMPO DE VIDA ÚTIL DOS PRODUTOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

*Alessandra Bahia*¹

Introdução

No dicionário Michaelis² a obsolescência é tida como: “Redução gradativa e conseqüente desaparecimento.” Nessa mesma fonte também existe o conceito no âmbito econômico que seria: “Processo de redução da vida útil e do valor de um bem, devido ao surgimento de outros produtos semelhantes.” Mas, o que seria útil? que pode ter ou tem algum uso; que serve ou é necessário para algo. A partir dos referidos conceitos fazendo uma subsunção jurídica focada na relação de consumo, tem-se que a obsolescência programada está vinculado a produção do bem e ao fato do fornecedor programar a redução da vida útil do produto direta e indiretamente.

“A indústria hoje trabalha com o conceito de obsolescência (tornar-se obsoleto) de forma programada (obsolescência programada).”³ Em paralelo a obsolescência, existe o fator da produção em massa, somado ao capitalismo que impulsiona uma produção purgante, tal produção não seria óbice se os fornecedores se utilizam de mecanismos de produção para reduzir o tempo de vida útil do produto objetivando o retorno do consumidor ao mercado antes do necessário.

E, é neste contexto que se percebe a grande problemática. De um lado, o grande estímulo para o consumo, para poder impulsionar o capitalismo e conseqüente redução do tempo de vida útil dos produtos, e do outro o consumidor fragilizado e vulnerável tendo que percorrer uma verdadeira *via crucis* para fazer jus ao seu direito de se utilizar de produtos por um relativo período considerado razoável para a sua fruição.

¹ Advogada e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. Especialista em Direito do Consumidor pela UNIFG e em Direito Civil e Empresarial pela ESMape. Membro do IDEC e Brasilcon

² MICHAELIS Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/obsolesc%C3%Aancia/> Acesso em: 29 jul. 2021

³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. -14. Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus PODIVM, 2019. p. 281

1 A Obsolescência na sociedade de consumo

O desenvolvimento econômico e social é pautado no aumento do consumo, que tem como objetivo aumento nos lucros, através de trabalho e que consequentemente aumenta a renda das pessoas. Neste contexto, o consumo passa a ser um elemento necessário para o desenvolvimento do capitalismo.

De acordo com André Perin:

A sociedade de consumo se formou a partir da percepção de que os níveis de produção exigiriam uma participação a mais dos trabalhadores, que eram vistos como mera força de trabalho e passaram a entregar o fruto do seu labor ao mercado no final da cadeia produtiva como consumidores. A criação da lógica que trata o consumo como sucesso e realização pessoal, criando sonhos, e a subsequente frustração dessas expectativas para trazer de volta o consumidor, fizeram da sociedade de consumo uma gestora de ilusões rotineiramente quebradas para dar origem a novas. Percebeu-se que o consumidor satisfeito não contribui para o sistema⁴

Nesse contexto complementa Zygmunt Bauman:

O consumismo dirigido para o mercado tem uma receita para enfrentar esse tipo de inconveniência: a troca de uma mercadoria defeituosa, ou apenas imperfeita e não plenamente satisfatória, por uma nova e aperfeiçoada. A receita tende a ser reapresentada como um estratagema a que os consumidores experientes recorrem automaticamente de modo quase irrefletido, a partir de um hábito aprendido e interiorizado. Afinal de contas, nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).⁵

Ou seja, o consumidor em posse do produto de consumo pelo tempo de vida útil que possui, não faz com que tenha circulação de riquezas. E, a par-

⁴ CHEVTCHIK, M. E SCHMIDT NETO, P. P. **Obsolescência Programada nas Relações de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 134. Ed. Revista dos Tribunais, Mar - Abr / 2021, p. 228.

⁵ ⁷ BAUMAN, Zygmunt, **Vida para o Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**; tradução Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008. p. 31

tir dessa premissa os fornecedores começaram a criar mecanismos capazes de reduzir o tempo de utilização dos produtos para que assim o consumidor retornasse ao mercado para adquirir outro, essa é uma das espécies da obsolescência programada, cada vez mais comum hoje em dia.

As redes sociais por sua vez empregam um papel de fundamental importância nesse consumismo porque, diferente do que pregaram, não foram criadas para realizar interações sociais, e sim para filtrar, qualificar e quantificar os potenciais consumidores, estimulando com isso o consumo indiscriminado e volátil.

Além disso, a aquisição de produtos e serviços por meio eletrônico torna a relação mais incipiente, facilitando ainda mais a substituição de um produto por outro mais moderno, isso porque, com um ou dois “clicks” o consumidor consegue adquirir bens que, muitas vezes por atos impulsivos o tornam uma pessoa com diferenciais dentro da sociedade de consumo por adquirir produtos mais modernos e tecnologicamente mais desenvolvidos, que, em regra são mais caros, demonstrando assim uma espécie de poder.

E nesse contexto, questionasse: O que se faz com o produto antigo? Descarta-se. Essa é a grande intenção das empresas, principalmente as de tecnologia, criar novos produtos que tornem os que estão em uso sem função ou sem utilidade, além de não pensar nas consequências do descarte, que tem que se buscar uma forma sustentável para não prejudicar também o meio ambiente.

2.1. Conceito de Obsolescência programada:

A obsolescência programada não é um instituo novo, já há relato de práticas em outros momentos históricos.

Bruno Oliveira relata com precisão a subutilização dos produtos.

Em meados do século XX, cunhou-se uma prática mercadológica com a finalidade de assegurar a venda constante de produtos no mercado de consumo. Essa ideia mercadológica – mais tarde nomeada Obsolescência Programada ou Planejada – se apresentou como resposta ao mercado que, à época, encontrava-se saturado de produtos duráveis, o que dificultava o giro de capital burguês.

O marco histórico que elucidou o hábito dessa prática foi o desenvolvimento de lâmpadas de filamento com vida útil reduzida propositalmente (2.500 para 1.000 horas) por empresas globais. Estas eram conhecidas pela formação do primeiro cartel mundial (Phoebus Cartel) – formado pela alemã, Osram, a Philips – dos

países baixos –, a francesa *Companie des Lampes* e a estadunidense *General Electric* –, o qual dominava a produção de lâmpadas.⁶

Para Pedro Machado Segall, existem vários conceitos de obsolescência programada, dentre eles os principais são o econômico e o jurídico.

O econômico é tido como:

[...] uma acomodação do empresário com seu nicho de mercado, ou seja, o fornecedor, após atingido o seu patamar de desenvolvimento tecnológico, aceita a estagnação, porque mais cômoda do ponto de vista dos custos e riscos. (...) Consistindo na estagnação econômica, ou, quando muito, na inovação meramente incremental.⁷

O que nesse caso não poderia o empresário ser penalizado por tal atitude, já que provavelmente em pouco tempo sairá do mercado.

Nesse contexto para salvaguardar o interesse do consumidor caberia o Estado estimular as inovações tecnológicas, mas, tal atitude não seria passível de penalidade para o fornecedor.⁸

Diferentemente do conceito jurídico, isso porque neste contexto a obsolescência programada é tida como:

Uma política empresarial de redução artificial da vida útil de determinado produto ou em seus componentes com o objetivo de alargar os lucros somente por meio do aumento das taxas de recompra. (...) A obsolescência programada é um vício oculto enquanto o produto estiver na sua vida útil.⁹

A obsolescência pode ocorrer simplesmente do fato de um determinado produto se tornar fora de uso, sem que exista um fator relacionado. “A obsolescência programada depende de um fator externo apto a influenciar a troca antecipada do produto.”¹⁰

⁶ OLIVEIRA, Bruno F. B., **Obsolescência programada e a proteção do consumidor: uma perspectiva jurídica nacional e comparada**. 2019. Disponível: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28233/5/Obsolesc%C3%AAnciaProgramadaProte%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 12 jul. 2021 p. 5

⁷ Id, 2019, p.7

⁸ Id. 2019.

⁹ SEGALL, Pedro M., **Obsolescência Programada: a tutela do consumidor nos direitos brasileiro e comparado**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 10.

¹⁰ CORNETTA, WILLIAM. **A Obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e a fragilidade do CDC para combater esta prática**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19874>, Acesso em: 01 jul. 2020. p. 48.

Não se pode confundir o referido conceito desse instituto com o avanço tecnológico, isso porque, novos produtos e novas versões são frutos do capitalismo.

2.2. As espécies de obsolescência programada

Quando se trata de espécies de Obsolescência tem-se basicamente duas espécies como regra geral: a funcional, que é exatamente o caso da lâmpada – O produto é feito para durar certo tempo e depois parar de funcionar, tendo muitas vezes o seu conserto mais caro que um produto novo. – e a obsolescência percebida – novas versões do mesmo produto são lançadas o tempo todo forçando a queda de preço para revenda da versão anterior e estimulando a compra de uma nova versão.

Todavia, existem algumas espécies que se evidenciam pela ação praticada pelos fornecedores, Paulo Segall¹¹ traz algumas subdivisões:

a) Obsolescência tecnológica ou técnica é aquela baseada em padrões de desenvolvimento

tecnológico. Que se subdivide em:

a.1) Por subdesenvolvimento ou adiada: é a forma mais comum trazida pelos autores, considerada como tradicional. Quando o fornecedor lança no mercado um produto com uma versão mais avançada tornando a antiga versão subdesenvolvida.

a.2) Por defeito funcional: Normalmente constatada em produtos tecnológicos. Se dá na condição de reduzir a vida útil do produto por meio de falha de um dos seus componentes.¹² É o caso das baterias dos aparelhos Iphone ajuizada no Chile.

a.3) Por incompatibilidade: Vista com frequência em relação a vídeo games. Quando lançam versões mais recentes tornando os antigos componentes incompatíveis.

a.4) Indireta: É aquele que não decorre do produto em si, mas dele em relação a seus acessórios. Pode ser constatada em Smartphone e seus carregadores, onde a entrada ou saída de energia alteram com o lançamento de novos modelos.

b) Obsolescência por expiração: Se dá quando o fornecedor reduz a data de expiração do produto intencionalmente. Muito utilizada em produtos alimentícios, farmacêuticos e químicos.

¹¹ SEGALL, Pedro M., **Obsolescência Programada: a tutela do consumidor nos direitos brasileiro e comparado**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹² Id, 2019, p. 19.

c) Obsolescência psicológica estética ou simbólica: Essa tem como principal responsável o marketing ou a publicidade, que busca convencer o consumidor que a nova versão é a que irá atender as suas necessidades, das quais não são mais atendidas pela antiga versão.

3 A Obsolescência técnica e funcional no ordenamento jurídico Brasileiro:

Diante das espécies de obsolescência anteriormente narrada, no Brasil, pode-se fazer uma interpretação teleológica e sistêmica para enquadrar a citada obsolescência funcional está vinculada ao tempo de vida útil do produto já fundamentada em decisões nos tribunais Brasileiros.

Tal instituto vincula-se ao vício de qualidade, mas não estrito senso, isso porque conforme dispõe artigo 18 cumulado com o § 6º do Código de Defesa do Consumidor¹³, tal situação refere-se a produto inadequado quanto aos fins, deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, tais situações teria a obrigação do fornecedor de tornar o produto próprio e adequado para o consumo.

Pode-se dizer que o CDC não apresenta os mecanismos necessários para proteger devidamente o consumidor contra a obsolescência técnica. O que existe são princípios e direitos básicos. Como é a direito de informação.¹⁴

No que tange a bens duráveis, da leitura sistemática do dispositivo contido no artigo 4º, II, “d”, do CDC, percebe-se que a intenção do Legislador em substanciar o que se entende por expectativa legítima do consumidor em relação ao produto ou o serviço adquirido seria a conjunção de *finalidade e durabilidade razoável*. (grifos do autor)¹⁵

E é nesse diapasão que enquadraria a obsolescência programada, visto que, trata-se da redução da durabilidade razoável do produto.

O § 3º do artigo 26 traz a figura do vício oculto como possibilidade de en-

¹³ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 de jul. 2021

¹⁴ CORNETTA, WILLIAM. **A Obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e a fragilidade do CDC para combater esta prática**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19874>, Acesso em: 01 jul. 2020. p. 76.

¹⁵ SEGALL, Pedro M., **Obsolescência Programada: a tutela do consumidor nos direitos brasileiro comparado**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 78.

quadramento legal para os casos de razoabilidade de tempo de vida do produto e a obrigação do fornecedor de adequação, conforme dispõe Bruno Ferreira, o referido artigo

caminha no sentido de tutelar o consumidor contra a prática da obsolescência programada, ao menos em sua espécie “qualidade”, já que dentro de uma interpretação sistematizada, entende-se que os bens consumíveis precisam ter uma durabilidade mínima condizente com o seu uso.¹⁶

Para Leonardo Roscoe Bessa,

um dos maiores avanços concedidos pelo CDC em relação ao CC/1916 – nem sempre percebido pela doutrina – foi conferido pelo disposto no § 3º do art. 26 da Lei 8078/1990, ao estabelecer, sem fixar previamente um limite temporal que, “tratando-se de vício oculto o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.”¹⁷

Corroborando com esse mesmo entendimento Sérgio Cavaliere Filho completa “A doutrina consumerista em entendimento que, no caso de vício oculto, cujo o prazo para reclamar só se inicia no momento em que fica evidenciado o defeito (§3º do artigo 26), deve ser adotado o **critério de vida útil do bem**”. (grifos do autor)¹⁸

Neste contexto há obsolescência programada teria como pressuposto o momento em que o produto revela o vício e o seu tempo de vida útil.

3.1 Vício Oculto e o tempo de vida útil

O tempo de vida útil não está diretamente ligado a durabilidade do produto.

William Cornetta destaca que:

durabilidade e vida útil, não se confundem. Durabilidade é a características ou a qualidade do que do que é durável, ou seja, é a característica esperada de um produto cujo o uso não se esgota no primeiro momento e

¹⁶ OLIVEIRA, Bruno F. B., **Obsolescência programada e a proteção do consumidor: uma perspectiva jurídica nacional e comparada**. 2019. Disponível: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28233/5/Obsolesc%C3%AanciaProgramadaProte%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 12 jul. 2021 p. 14.

¹⁷ BENJAMIN, A. H. V, MARQUES C. L. e BESSA L.R. **Manuela de Direito do Consumidor** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p. 211

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor** – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 175

pode ser utilizado por um determinado espaço de tempo para o fim a que se propôs, sem perder as suas peculiaridades. Vida útil, por sua vez, é o espaço de tempo de existência de determinada coisa, ou seja, trata-se da unidade de medida para definir o prazo de duração do produto.¹⁹

Mas, dentro do contexto de vida útil, qual seria o prazo para considerar a responsabilidade do fornecedor?

o critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da vida útil do bem, o que, além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, revela importância da análise do caso concreto em que o fator tempo é apenas um dos elementos a ser apreciado. (...). O critério de vida.²⁰

Para Paulo Segall é o lapso temporal durante o qual o consumidor pode esperar legitimamente que o produto ou o serviço irá funcionar de maneira adequada, se observadas as orientações de uso e fruição.²¹

A jurisprudência tem trazido em seus julgados a fundamentação baseada no tempo de vida útil do produto.

Apelação Cível. Direito do Consumidor. Ação Indenizatória. Aquisição de aparelho celular Iphone 7. Autor sustenta a existência de vício oculto no aparelho adquirido junto às rés. Aparelho que passou a apresentar diversas falhas após o fim da garantia. Alegação de falha sistêmica que afetou diversos consumidores. Sentença de parcial procedência que condena a ré a ressarcir ao requerente o valor de R\$ 3.899,00, bem como a pagar a importância de R\$ 3.000,00 a título de indenização por danos morais. Recurso interposto pelas rés, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, e, no mérito, postulando a reforma da sentença, com o julgamento de improcedência do direito autoral. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam que se afasta. Documentos acostados aos autos que comprovam a venda do aparelho e assistência técnica prestada pela empresa segunda ré (Global Distribuidora). Comerciante que responde solidariamente com a fabricante, eis que integram a mesma cadeia de consumo. 2. Autor que ajuizou a demanda alegando a existência de vício oculto de fabricação no aparelho adquirido junto às rés. Defeito incontroverso. 3. As rés não negam que o defeito seja sistêmico e tenha atingi-

¹⁹ CORNETA, Wiliam. **Vida útil e durabilidade de produtos duráveis no direito do consumidor**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 99

²⁰ BENJAMIN, A. H. V, MARQUES C. L. e BESSA L.R. **Manuela de Direito do Consumidor** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 p. 212.

²¹ SEGALL, Pedro M., **Obsolescência Programada: a tutela do consumidor nos direitos brasileiro e comparado**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 78.

do diversos usuários, baseando suas defesas na alegação de que já teria sido ultrapassado o prazo de 12 meses garantido contratualmente. 4. Não sendo o vício aparente ou de fácil constatação, é considerado como vício oculto, e nesse caso, o prazo de reclamação da garantia legal de noventa dias é contado a partir da data de sua constatação. É o que determina o art. 26 do CDC: “O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: (...) noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. (...) § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.” 5. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o limite para a reclamação é a vida útil do bem. 6. **Pesquisa do IDEC no sentido de que a vida útil de um aparelho celular é de três anos. Defeito apresentado dois anos após a aquisição do aparelho.** 7. Rés que não comprovaram que o defeito decorreu de mau uso por parte do consumidor, deixando, portanto, de se desincumbir do ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, na forma do art. 373, II, do CPC. 8. Recurso da primeira ré, contudo, que merece parcial provimento, apenas para consignar que lhe é facultado a retirada do bem junto ao autor, a fim de evitar enriquecimento ilícito. 9. Dano moral configurado. No caso dos autos, o autor foi privado da utilização adequada do bem adquirido de empresa renomada, tendo despendido alto custo com a aquisição, esperando, por certo, a longa durabilidade do produto. 10. Autor que, anteriormente, ajuizou ação perante o juizado especial cível tendo a ré Apple requerido prova pericial, o que levou à extinção do feito sem resolução do mérito, obrigando o autor a distribuir nova ação, agora, junto à vara cível. Ré que, nestes autos, não renovou o pedido de prova pericial. 11. Transtorno que ultrapassou o mero dissabor cotidiano, causando ao postulante angústia e impotência, face ao fornecedor e fabricante de produtos/serviços. 12. Verba indenizatória fixada em R\$ 3.000,00 que se mostra adequada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ GLOBAL DISTRIBUIÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ APPLE, para consignar que lhe é facultado a retirada do bem na residência do autor, no prazo de 15 dias, sob pena de restar configurado seu desinteresse. (TJ-RJ - APL: 00352026020198190004, Relator: Des(a). JDS MARIA CELESTE PINTO DE CASTRO JATAHY, Data de Julgamento: 11/03/2021, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/03/2021)²² (grifos nossos)

²² RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível. APL: 00352026020198190004, Apelante: Global Distribuição De Bens De Consumo Ltda E Outro, Apelado: Felipe Chavao Simonato Relator: Des(A). Jds Maria Celeste Pinto De Castro Jatahy. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0035202-60.2019.8.19.0004>. Acesso em: 15 de jul. 2021

Na decisão acima citada, há um fundamento fático, onde o Desembargador destaca que há um estudo trazido pelo IDEC que indica qual o tempo médio de vida útil do celular, o que não ocorreu no caso concreto, já que, com um pouco mais de um ano o produto se tornou inadequado. Desta forma, não se espera que o produto tenha proteção legal por prazo indeterminado, mas sim, que o produto seja utilizado por um tempo mínimo necessário, denominado vida útil.

De acordo com as tabelas da Receita Federal, a estimativa de vida útil é de 25 anos no caso dos imóveis, de 5 anos no caso dos veículos e dos computadores e de 10 anos para a maioria das máquinas, equipamentos, móveis e utensílios.

Bem	Taxa anual	Anos de vida útil
Edifícios	4%	25
Ferramentas	15%	6
Máquinas e Equipamentos	10%	10
Instalações	10%	10
Móveis e Utensílios	10%	10
Veículos até 10 passageiros	20%	5
Veículos de carga	25%	4
Computadores	20%	5

Fonte: Receita Federal²³

A partir dessa premissa, ou de outras utilizadas por órgão como IDEC, INPEM, não há aleatoriedade no tempo de vida útil.

Pro obvio que o fornecedor não está, *ad eternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua reponsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. De ser considerada para aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia.²⁴

Conclui-se portanto, que a obsolescência técnica está atrelada ao tempo de vida útil do produto, tanto para sua utilização direta como também para os seus acessórios, mesmo que haja novas versões do produto não poderá ficar obsoleto. Sob pena do fornecedor arcar com os prejuízos decorrentes do fato.

²³ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Anexo I da Instrução Normativa SRF Nº 162, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1998. disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15004&visao=original> Acesso em: 10 de jul. 2021*

²⁴ CORNETA, Wiliam. *Vida útil e durabilidade de produtos duráveis no direito do consumidor*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 102.

É importante frisar que além do 'prejuízo financeiro causado pela redução do tempo de vida útil do produto, existe ainda a análise da sustentabilidade ou do consumo sustentável. Embora urgente, o desenvolvimento sustentável não é um caminho fácil a se trilhar. (...) Há países que já não precisariam mais ter o enriquecimento como prioridade por já terem atingidos elevadíssimos graus de desenvolvimento contudo, admitir é extremamente difícil pela quebra do padrão consolidado nação de bem estar, a riqueza.²⁵

Com isso, não é só pelo descarte antecipado e desnecessário que deve ser analisado tal instituto, mas também, pela análise socioambiental da produção dos produtos, que, ao final repercutem diretamente na qualidade de vida dos consumidores.

3.2 Análise quantitativa e qualitativa da obsolescência programada e tempo de vida útil do produto no Tribunal de Justiça do Paraná

É importante destacar que apesar da obsolescência programada estar atrelada ao tempo de vida útil para fundamentar o direito do consumidor em exigir o dinheiro de volta, a substituição do produto ou o abatimento quando não cumprindo o prazo de 30 dias para adequação, as decisões judiciais nem sempre possuem essa correlação.

Em uma pesquisa feita no TJPR com decisões no último ano, de 1 de julho de 2020 até 1 de julho de 2021, foi observado que as decisões que tratam de obsolescência programada estão atreladas ao tempo de vida útil do produto, ocorre que, o inverso não procede.

Em um primeiro momento foi feita a busca com base em "obsolescência programada", 3 (três) julgados foram identificados, todos com fundamento na decisão no tempo de vida útil do produto. Em regra, as demandas foram ajuizadas nos juizados especiais e tratavam da inadequação do produto, pouco tempo após o prazo de garantia entre 2 e 12 meses após o prazo de garantia contratual.

Quando a pesquisa foi adstrita a "vida útil do produto" 31 (trinta e uma) decisões foram identificadas.

Das quais 3 não fora reconhecido direito pela decadência, as outras 28 foram julgadas procedentes. A partir dessa pesquisa algumas conclusões podem ser observadas:

²⁵ NORAT, Markus Samuel Leite e ALMEIDA, Ithanyê Heloísa Arcoverde. **Obsolescência programada e consumo sustentável** – João Pessoa: 2019. p. 125 e 126

Da fundamentação legal dos acórdãos

A maioria das 31 decisões que tem no seu bojo o contexto de vida útil do produto vinculados ao consumidor mais da metade utilizam como fundamento o RECURSO ESPECIAL Nº 984.106 – SC do STJ do Ministro Luis Felipe Salomão datado de 2012, mas comumente destacado. Mesmo depois de quase 10 anos, a decisão encontra-se atualizada e, já naquela época o Ministro já tinha um entendimento do que seria a obsolescência programada

Ressalte-se, também, que desde a década de 20 - e hoje, mais do que nunca, em razão de uma sociedade massificada e consumista -, tem-se falado em obsolescência programada, consistente na redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura.

E completa:

Desse modo, o critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da vida útil do bem, o que, além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, revela a importância da análise do caso concreto em que o fator tempo é apenas um dos elementos a ser apreciado. Autorizada doutrina sustenta a aplicação do critério da vida útil como limite temporal para o surgimento do vício oculto²⁶

b Da observância do prazo decadencial:

Como já relatado, apenas 3 decisões não reconheceram o direito com base no prazo decadência de 90 dias da identificação do vício, sem que haja causas que obstem a decadência. O que nos casos citados não ocorreu o por isso julgado improcedentes. Em dois desses julgados foi destacado o Informativo 206 do STJ

O fornecedor responde por vício oculto de produto durável decorrente da própria fabricação e não do desgaste natural gerado pela fruição ordinária, desde que haja reclamação dentro do prazo decadencial de noventa dias após evidenciado o defeito, ainda que o vício se manifeste somente após término do prazo de garantia contratual, devendo ser observado como limite temporal para o surgimento do defeito o critério de vida útil

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp Nº 984.106 – SC, Ministro: Luis Felipe Salomão. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2013_229_capQuartaTurma.pdf. Acesso: 20 jul. 2021

do bem. O fornecedor não é, ad aeternum, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita, pura e simplesmente, ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio.²⁷

Com isso, é importante observar o prazo para ajuizar a ação, isso porque é um prazo decadencial, ou seja, é um direito potestativo, cabendo ao consumidor respeitar o prazo para fazer jus ao seu direito.

C Da ausência de dano moral *in re ipsa*

Dos 28 julgados procedentes, 15 (catorze) mais da metade não condenaram os fornecedores ao pagamento do dano moral, principalmente pela falta de comprovação.

O que se conclui que o dano moral nos casos de vício oculto não há presunção. Desta forma, para condenação dos fornecedores em dano moral faz-se necessário que seja comprovado situações que comprovem o referido dano, como por exemplo: Falta de cooperação do fornecedor, problemas gerados em decorrentes do vício e de falta de resolução administrativa do problema ou até mesmo do desvio produtivo do consumidor em razão do tempo despendido pelo consumidor para, extrajudicialmente, resolver a questão.

3.3 Projetos de Lei para previsão legal da Obsolescência programada

Tramitam no Congresso dois projetos de lei que versam sobre a obsolescência programada, vinculadas ao tempo de vida útil do produto, um deles é o Projeto de Lei nº 7875/2017 de autoria de Mariana Carvalho que inclui o inciso XIV no artigo 39, dispondo que será considerado prática abusiva “XIV – programar ou executar, de qualquer forma, a redução artificial da durabilidade de produtos colocados no mercado de consumo ou do ciclo de vida de seus componentes com o objetivo de torná-los obsoletos antes do prazo estimado de vida útil”.²⁸

²⁷ BRASIL, RECURSO INOMINADO 0005381-62.2018.8.16.0187 e 0016206-46.2019.8.16.0182. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>. Acesso em: 15 de jul. 2021

²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7875/2017** Adiciona inciso ao art. 39 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2141480>. Acesso em: 20 de jul. 2021

Em 14/06/2019, foi apensado ao projeto principal o Projeto de Lei nº 3.019, de 2019, do ilustre Deputado Célio Studart, que proíbe a obsolescência programada, através de inclusão de dispositivo no Código de Defesa do Consumidor, à semelhança do principal inclui no o inciso XV ao artigo 39 “de qualquer maneira programar a diminuição da durabilidade de produtos expostos no mercado, ou do período de vida de seus elementos, com o objetivo de torná-los obsoletos antes do prazo de vida útil estipulado.”²⁹

Cria-se a obrigação do fornecedor em informar a vida útil estimada de produtos eletrônicos e eletrodomésticos. Em caso de obsolescência em prazo anterior à vida útil estimada, pode o consumidor exigir restituição ou substituição do produto. O referido projeto já passou pela Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor e em maio de 2021 foi para a relatoria.

Ocorre que, essas alterações legais, por si só não serão suficientes se não tiver uma fiscalização em massa, além de uma atuação de órgãos como o IPEN e ABNT para validar os referidos prazos de vida útil. Pois, se deixar a critério exclusivo do fornecedor, os mesmos poderão burlar ou maquiar os referidos prazos. O que neste contexto não soluciona a questão da postergação da utilização do bem para o consumidor final.

Para Leonardo Garcia

Será fundamental que o fornecedor informe expressamente qual o período de vida útil de cada produto nos rótulos ou manuais. Essa informação, que pode ser exigida pelo artigo 31 do CDC, é de extrema importância não somente para bem informar o consumidor sobre o prazo que dispõe para reclamar nos aparecimentos dos vícios ocultos, mas também serve para melhor orientar o consumidor na hora da compra. (...) O prazo de vida útil pode ser um ingrediente importante para a tomada de decisão sobre qual produto a ser adquirido.³⁰

A partir dessa análise percebe-se que o artigo 31 se fosse interpretado de forma teleológica seria suficiente. O prazo de validade não pode ficar adstrito aos bens consumíveis e não duráveis.

²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3019/2019** Adiciona inciso ao art. 39 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, Proíbe a obsolescência programada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204119>. Acesso: em 20 de jul. 2021

³⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. -14. Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Jus PODIVM, 2019. p. 281

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, **prazos de validade** e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (grifos nosso)

Com isso, percebe-se que já existe previsão que poderia ser utilizada para tratar do tempo de vida útil, mas, em última análise, caso não fosse considerado tal artigo, os projetos podem ser por si só um grande avanço na luta do consumidor para poder utilizar-se do seu produto de forma perene.

Conclusão

Com base na doutrina e na jurisprudência, percebe-se que a obsolescência programada é uma ação atualmente praticada de forma escancarada pelos fornecedores, colocando os consumidores em outro grau de vulnerabilidade que deve ser analisado, identificado e, quando constatado, fazer com que o fornecedor seja responsabilizado tanto na esfera administrativa como na esfera cível.

Mesmo com ausência expressa de previsão legal da necessidade de indicação do tempo de vida útil, foi verificado que, de forma tímida, mas já utilizada para fundamentar as decisões o conceito de obsolescência programada, todavia, já quando se trata de vida útil existe uma quantidade maior de utilização desse termo.

Acredita-se que o melhor seria trazer o conceito de obsolescência programada técnica ou funcional relacionado ao de vida útil porque eles estão diretamente ligados. Além disso, os órgãos de proteção de defesa do consumidor deveriam divulgar mais a abusividade cometida pelos fornecedores que limitam a sua reponsabilidade a garantia contratual, para que assim os consumidores pudessem fazer denúncias nesses órgãos que poderia eventualmente aplicar multas que poderiam de certo modo pesar quando os fornecedores negassem solucionar a demanda.

Diante de tudo exposto, ainda é tímida a noção por parte dos consumidores da obsolescência programada o que faz com que continue sendo lesado, acreditando que não há um direito diante do seu produto quebrado logo após esgotado o prazo de garantia contratual, o que não pode ocorrer, com isso, a inclusão de normas no CDC seria uma das opções isso porque, o objetivo da legislação é justamente a proteção ao consumidor que, diante dos avanços tecnológicos e das praticas realizadas pelos fornecedores precisam estar constantemente se atualizado para garantir a proteção.

Referências

BAUMAN, Zygmunt, *Vida para o Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*; tradução Carlos Alberto Medeiros – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

BENJAMIN, A. H. V, MARQUES C. L. e BESSA L.R. *Manuela de Direito do Consumidor 2013* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 07 de jul. 2021

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor* – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7875/2017 Adiciona inciso ao art. 39 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para vedar a obsolescência programada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2141480>. Acesso em: 20 de jul. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3019/2019 Adiciona inciso ao art. 39 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, Proíbe a obsolescência programada. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2204119>. Acesso: em 20 de jul. 2021

CHEVTCHIK, M. E SCHMIDT NETO, P. P. *Obsolescência Programada nas Relações de Consumo*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 134. Ed. Revista dos Tribunais, Mar - Abr / 2021.

CORNETA, Wiliam. *Vida útil e durabilidade de produtos duráveis no direito do consumidor*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. *A obsolescência como artifício usado pelo fornecedor para induzir o consumidor a realizar compras repetitivas de produtos e fragilidade do CDC para combater esta prática*. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19874/2/William%20Cornetta.pdf>

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. -14. Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/obsolesc%C3%Aancia/>

NORAT, Markus Samuel Leite e ALMEIDA, Ithanyê Heloísa Arcoverde. *Obsolescência programada e consumo sustentável* – João Pessoa: 2019.

OLIVEIRA, Bruno F. B., *Obsolescência programada e a proteção do consumidor: uma perspectiva jurídica nacional e comparada*. 2019. Disponível: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/28233/5/Obsolesc%C3%A2nciaProgramadaProte%C3%A7%C3%A3o.pdf>

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Anexo I da Instrução Normativa SRF Nº 162, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1998. disponível em . <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15004&visao=original>

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível. APL: 00352026020198190004, Apelante: Global Distribuição De Bens De Consumo Ltda E Outro, Apelado: Felipe Chavao Simonato Relator: Des(A). Jds Maria Celeste Pinto De Castro Jatahy. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0035202-60.2019.8.19.0004>.

SEGALL, Pedro M., *Obsolescência Programada: a tutela do consumidor nos direitos brasileiro e comparado*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

CAPÍTULO 20

O COMÉRCIO ELETRÔNICO E AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

*Ana Catharyna Arruda de Souza*¹

*Inês Advíncula da Silva Rêgo*²

1 Introdução

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem como objetivo principal garantir a proteção do consumidor, bem como estabelecer direitos e obrigações entre este e os fornecedores. O CDC, como lei de ordem pública, também garante o equilíbrio nas relações de consumo e a proibição e limitação das práticas abusivas do mercado.

O presente trabalho apresenta, dessa forma, a análise da proteção ao consumidor diante do surgimento de um dos módulos de comércio com maior crescimento e desenvolvimento nos últimos tempos, qual seja, o comércio eletrônico ou e-commerce.

A internet vem proporcionando consideráveis modificações na rotina das pessoas físicas e jurídicas. A sua vinda ao Brasil possibilitou a ocorrência de inúmeros mercados, dentre eles o comércio eletrônico, entretanto, com o aumento das transações realizadas nesse meio, o número de golpes e fraudes com os consumidores também cresceu exponencialmente. Diante disto, foi necessária a tutela dos direitos do consumidor, ante a sua vulnerabilidade em meio ao ambiente virtual.

Logo, a pesquisa tem como propósito apresentar a seguinte problemática: se o e-commerce assegura os direitos mínimos e essenciais aos consumidores, bem como, se existem propostas de enfrentamento sob a ótica jurídica consumerista.

Para tanto, visando melhor entendimento, será analisado inicialmente a proteção do consumidor à luz do CDC abordando as regras principiológicas de proteção nas relações de consumo; a análise da vulnerabilidade x hipossuficiência do consumidor; os direitos básicos do con-

¹ Advogada. Graduada pela UNICAP. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em mediação e arbitragem. Sócia no escritório Souza Nunes Advocacia e Consultoria

² Advogada e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE.

sumidor como a proteção da incolumidade física, ligado diretamente à segurança do consumidor e a proteção contra as práticas abusivas de publicidade; e o princípio da reparação integral dos danos pelo fornecedor.

Num segundo momento, será realizada considerações iniciais acerca do comércio eletrônico e a vinculação da internet com as relações de consumo, bem como as particularidades do e-commerce.

Por fim, busca-se vislumbrar os desafios do comércio eletrônico no direito do consumidor na sociedade atual, sendo feita uma abordagem sobre a efetividade da legislação brasileira neste ramo, especificamente tratando sobre o Decreto nº 7.962/13, uma vez que surgiu para regular propriamente os contratos eletrônicos.

Assim, o objetivo do presente trabalho foi o de realizar uma análise do comércio eletrônico a fim de compreender a aplicação das medidas protetivas ao consumidor nessa modalidade de comercialização.

2 Proteção do consumidor à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)

2.1 Algumas regras principiológicas de proteção nas relações de consumo

Os princípios possuem um papel de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque quer dizer começo, e neste início estão ligados os valores éticos e morais. O CDC³ é regido por vários deles, nos quais é possível notar a proteção do indivíduo e seus direitos.

Com o passar do tempo, as relações consumeristas foram sofrendo alterações, e conseqüentemente, é necessário que o consumidor e fornecedor estejam sempre resguardados pela lei.

Fundamental ressaltar que toda pessoa, seja ela física ou jurídica, pode ser considerada consumidora. Assim, é possível justificar o motivo do Código de Defesa do Consumidor possuir tantos princípios que visam a proteção deste consumidor.

Nessa logicidade, opta-se por trazer, já na abertura deste capítulo, uma abordagem rápida por alguns dos princípios norteadores das relações consumeristas, os quais têm por objetivo, repita-se, a proteção do consumidor.

³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2021

Um dos princípios mais importantes é o da boa-fé, intimamente ligado à suposição de agir acertadamente. “O termo, todavia, era empregado pela lei, doutrina e pela jurisprudência apenas em sua acepção subjetiva, isto é, para indicar a ausência de malícia, a suposição de estar agindo corretamente.”⁴

Outra acepção diz respeito à boa-fé objetiva, que nada mais é do que a indicação do comportamento adequado ligado à ética, honestidade, bondade e etc. Para Cláudia Lima Marques:

Significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁵

Em seguida, cumpre mencionar o princípio da transparência, o qual visa garantir que nas relações de consumo exista clareza e sinceridade, sendo a principal consequência disso o princípio da informação, onde o fornecedor possui o dever de mencionar e o consumidor tem o direito à informação.

Por fim, é necessário salientar o princípio da segurança, haja vista que gera a responsabilização do fornecedor quando se fala em produto ou serviço defeituoso, no qual será melhor detalhado no tópico 1.4.

Dessa forma, quando se fala em proteção do consumidor, cabe ressaltar, mais uma vez, a importância de aplicação dos princípios da informação, segurança, equilíbrio nas prestações, e ainda, o “*venire contra factum proprium*” que consiste na vedação do comportamento contraditório e conservação do contrato, que justificam a preocupação do legislador na relação consumerista, o que faz com que o consumidor esteja amparado e protegido legalmente.

2.2 Vulnerabilidade x Hipossuficiência

Passada a abordagem principiológica geral, é possível adentrar no princípio da vulnerabilidade, que devido ao seu destaque e complexidade deverá ser detalhado de forma exclusiva. Isto porque quando reconhecida a desigualdade existente, se visa estabelecer uma igualdade das partes na relação de consumo.

⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40

⁵ Citada por FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40

A vulnerabilidade é uma presunção absoluta, ou seja, se parte do pressuposto que todo consumidor é vulnerável e não depende de condição econômica. Ainda sobre o conceito de vulnerabilidade, será entendido dessa forma aquela que é frágil, ou seja, o vulnerável é sinônimo de indefeso.

Felipe Braga Netto, observando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em julgamentos sobre o assunto expõe a vulnerabilidade do consumidor e o marketing abusivo a ele atrelado:

“A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente venda casada, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I do CDC).⁶

A hipossuficiência do consumidor está ligada ao agravamento da situação de vulnerabilidade. O próprio código empregou a “hipossuficiência” nas hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC), a qual será analisada pelo juiz no julgamento do caso em concreto.

O consumidor hipossuficiente é aquele que possui carência cultural, material ou ambas. Um exemplo dessa carência material seria a “declaração de pobreza”, onde o consumidor demonstra expressamente que não possui condições financeiras para o seu sustento e pugna pela assistência judiciária gratuita.

Considerando o acima exposto, é possível concluir que todos os consumidores são vulneráveis, porém nem todos são hipossuficientes, uma vez que esta primeira é um traço universal de todo consumidor e esta última, condição ligada ao aspecto processual.

2.3 Artigo 6º, I e IV do CDC

Cumprido relatar que os direitos básicos do consumidor estão previstos em um rol não exaustivo no art. 6º do CDC. Todavia este tópico se restringirá a abordar apenas os incisos I e IV do referido artigo, os quais estabelecem normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social.

O inciso primeiro trata da proteção da incolumidade física do consumidor, ou seja, está ligado à segurança. Tal inciso vem resguardar e proteger o consumidor como qualquer indivíduo, haja vista que a proteção à vida, saúde e segurança são bens jurídicos ligados à dignidade da pessoa humana. O consumidor, por

⁶ NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor**. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 67

sua vez, possui o direito à proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Assim, se de um lado o código garantiu a incolumidade física do consumidor, por outro lado, criou para o fornecedor o dever de segurança. Os produtos e serviços devem, além de serem adequados, apresentar segurança. Nesse tom, novamente o princípio da segurança se mostra presente.

No tocante ao inciso IV, cabe transcrevê-lo, como sendo direitos básicos do consumidor: “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.”

O legislador aqui mostrou a sua vontade de reprimir a publicidade enganosa e abusiva de qualquer forma. Isto porque é de notório saber que a publicidade é um dos métodos mais eficazes para a divulgação de determinado produto e/ou serviço no mercado de consumo.

A publicidade possui força vinculante e qualquer informação relacionada a produtos ou serviços, obriga o fornecedor a cumprir tudo que está na oferta. Cabendo ainda diferenciar a publicidade enganosa, que poderá conter informações falsas e a abusiva, é desrespeitosa, atingindo o consumidor justamente por estar na qualidade de vulnerável.

Por fim, a parte final do mesmo inciso visa proteger o consumidor contra as “práticas abusivas», devendo ser considerado abusivo tudo aquilo que for contra os princípios e a proteção do consumidor, exemplificando o abuso de direito.

2.4 Reparação do consumidor

A lei também prevê a responsabilização do fornecedor em determinados casos, conforme será mais detalhado adiante.

Os artigos 12 e 14 do CDC vislumbram a responsabilidade objetiva do fornecedor, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes do produto/serviço.

Contudo, cabe destacar o princípio da reparação integral dos danos, contido no art. 6º, inciso VI, do CDC, abarcando a reparação dos danos de forma efetiva, real e integral, a ponto de ressarcir ou compensar o consumidor na sua integralidade.

Ainda sobre a responsabilidade do fornecedor, registra-se que a responsabilidade consumerista é solidária e independe de culpa. Isto é, se traduz em dizer que todos aqueles que participaram da cadeia de fabricação, venda, e até mesmo serviços de mão de obra, serão responsáveis conjuntamente por resol-

ver os problemas daquele consumidor.

Por outro lado, existem hipóteses em que a responsabilidade do fornecedor será afastada, tais como: quando restar configurada a culpa do consumidor ou terceiro, ou ainda, quando o fabricante provar que não colocou o produto no mercado e demonstrar que o defeito não existe, haja vista a inexistência de culpa por parte do fabricante.

Ainda nesse sentido, menciona-se a responsabilidade do comerciante, isto porque a referida lei é clara quando fala que este será responsabilizado somente quando, o fabricante e afins não sejam identificados, não conservar adequadamente os produtos e, por fim, caso o produto seja fornecido sem identificação clara, o que a torna subsidiária.

Feitos os esclarecimentos acima, é possível concluir que o código de defesa do consumidor possui vários mecanismos que visam a reparação do consumidor, uma vez lesado em decorrência de um produto ou serviço defeituoso fornecido ou prestado pela empresa.

Da mesma sorte, antecipa os casos em que o fornecedor não será “penalizado”, em virtude de fatores alheios à vontade dele.

3 Comércio Eletrônico

3.1 Considerações iniciais

É fácil perceber que o avanço da tecnologia criou e vem aperfeiçoando o ambiente onde se faz a compra e venda de algum produto ou serviço. Antigamente as empresas exigiam certa (e até excessiva) formalidade para a concretização dos negócios, o que nos dias atuais vem sendo dispensado.

Nesse contexto, é possível observar o que acontece com os bancos, se reinventando a cada dia e cada vez mais digitalizados. Hoje em dia, existe até o chamado “gerente virtual”, que atende o consumidor com a mesma eficiência como se estivesse num encontro presencial, estando, na verdade, em uma simples conversa através de algum aplicativo de mensagens instantâneas como o WhatsApp.

A tecnologia vem reduzindo os custos operacionais de deslocamentos, vem ajudando a diminuir o uso de papel (sendo uma alternativa sustentável) e a desnecessidade de grandes espaços físicos para o armazenamento de contratos impressos que podem ser guardados em “nuvem”, com segurança de ponta e até criptografados.

É possível imaginar ainda, a situação bastante corriqueira da locação de casas ou apartamentos através de um site, bastando o simples acesso pelo celular. Muitas vezes com a visualização do local em tempo real, existe a possibilida-

de de escolher a acomodação, selecionar as diárias, fechar o contrato, efetuar o pagamento, tudo isso sem sequer conhecer o anfitrião em sua pessoa física ou através de outrem por ele designado.

Esses exemplos, dentre milhares que poderiam ser citados, representam hipóteses de comércio eletrônico (e-commerce), que em rápidas palavras, significa o processo de compra e venda de produtos por meio eletrônico. Para tanto, o consumidor se utiliza de aplicativos móveis e da internet para efetuar compras on-line.

Na definição dada pela Lei Modelo para o Comércio Eletrônico da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL)⁷, no seu art. 1º, o “comércio eletrônico” abrange toda a atividade, realizada por meio de troca de mensagens de dados, em um contexto mercantil (comercial).

Outra característica fundamental é que ele não existe sem a presença de uma plataforma eletrônica que o suporte.

3.2 Internet e relações de consumo no CDC

A internet chegou no Brasil na década de 90 quando era disponibilizada apenas para pesquisas para algumas universidades. Um pouco mais tarde, no ano de 1994, começou a ser comercializada e vendida pela Embratel. Com o seu avanço, novas ferramentas foram colocadas à disposição da população, por ser opção rápida e eficaz para o desenvolvimento e/ou concretização de algo.

Apenas como curiosidade no que toca aos benefícios da internet, no âmbito jurídico, o que antes exigia a ida até o fórum, hoje se faz em questão de minutos e sem sair da frente do computador ou celular (como a criação dos sistemas de processos digitais PJe, e-SAJ, Projudi e etc, nos quais é possível distribuir ações e protocolar petições de qualquer lugar do mundo, bastando ter conexão à internet, cabendo ainda fazer lembrança ao “balcão virtual”⁸, nova ação para desburocratizar e tornar mais ágil o atendimento do Judiciário aos cidadãos).

O comércio eletrônico surgiu com a evolução das tecnologias na internet, cujo objetivo foi a complementação do processo de vendas, eliminando a necessidade de intermediários e auxiliando na integração da economia entre países.

Inicialmente, os consumidores se habituaram ao ambiente online, em se-

⁷ UNCITRAL. **Lei Modelo da UNCITRAL Sobre Comércio Eletrônico**. Adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional a 21 de junho de 1985, alterada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional a 7 de julho de 2006. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPI/Lei-modelo_uncitral.pdf. Acesso em: 08 jul. 2021

⁸ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Balcão Virtual do Conselho Nacional de Justiça**, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/balcao-virtual/>. Acesso em: 09 jul. 2021

guida utilizaram os sites para realizar consultas, especialmente os de varejistas e, mesmo sem tanta segurança - a princípio - nas transações no ambiente virtual, realizaram compras. Historicamente, foi dessa forma que o comércio eletrônico se popularizou⁹.

Quando a internet passou a ter acessibilidade longe do ambiente militar, onde havia sido inicialmente projetada, as transações comerciais que ali passaram a ocorrer começaram a fazer parte das preocupações dos países, em âmbito interno e externo, por uma série de questões, que vai desde a abertura do estabelecimento virtual até a proteção do consumidor.

Aqui no Brasil, prova-se que a internet não é uma terra sem lei. Foi promulgada, no ano de 2014, a Lei 12.965/2014¹⁰ (conhecida como “Marco Civil da Internet”), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet em nosso território.

Mas, este (marco civil da internet) não é o único regramento brasileiro para o e-commerce. Diversos outros dispositivos tratam dos direitos, deveres e responsabilidades no ambiente virtual. Por exemplo, o artigo 3º, § 2º do CDC, prevê a responsabilização caso ocorra dano à honra em decorrência de falta de cuidado em mensagem publicitária, o que foi, inclusive, tema debatido e pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 997.993¹¹. sendo os envolvidos responsáveis objetivamente e solidariamente à reparação do mal causado.

Em outras linhas, se discute que a responsabilização do provedor de internet inicia-se a partir do momento em que for comunicado que determinado conteúdo ou imagem possui ilicitude, e ele sendo omissor, haverá por responder solidariamente com o autor da publicação danosa.

Já o Decreto Federal nº 7.962/2013¹² surgiu com a necessidade de atribuir eficácia sobre a contratação no comércio eletrônico. No Brasil, até o ano de 2013 não havia legislação específica para os contratos eletrônicos que seguiam as regras da legislação vigente aos contratos tradicionais, aplicando subsidiariamente o Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo.

Neste decreto são determinadas a apresentação de “informações claras

⁹ Menções necessárias à internet e a conectividade, que sem elas não seria possível falar em comércio eletrônico.

¹⁰ BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 jul. 2021

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 997993 MG 2007/0247635-6. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 06 ago. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%20997993>. Acesso em: 12 jul. 2021.

¹² BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

a respeito do produto, serviço e do fornecedor” (art. 1º, I)); o “atendimento facilitado ao consumidor” (art. 1º, II) e o “respeito ao direito de arrependimento” (art. 1º, III).

Ou seja, os pontos mais importantes nesta legislação, são a disponibilização de informações precisas e transparentes sobre toda e qualquer característica do oferecimento do produto ou serviço, contendo inclusive sumário do contrato antes da contratação, a fim de garantir o atendimento facilitado ao consumidor, sob pena de aplicação das sanções previstas no art. 56 do CDC.

3.3 E-Commerce

O e-commerce no ano passado (2020) cresceu 73,88%¹³ e a tendência é de crescimento ainda mais exponencial em 2021 e nos anos seguintes. Com isso, é necessário que o mercado esteja em adequação a esta nova realidade, que vem revolucionando as relações consumeristas.

Inúmeras são as atratividades do e-commerce, seja pela comodidade de se evitar o deslocamento até uma loja, evitando, portanto, o trânsito caótico de boa parte das cidades brasileiras, seja até mesmo pela confiabilidade nas informações sobre os produtos ou serviços disponibilizados nos sites, muitas vezes com apresentação melhor do que aquela que poderia ser feita por um vendedor presencialmente.

Os benefícios são inúmeros, tanto para o consumidor, quanto para o vendedor, e em relação a este último, sem dúvidas uma das principais vantagens está ligada à localização do estabelecimento virtual, não possuindo limitação territorial, uma vez que, com o espaço físico, o empresário fica restrito geograficamente. Além do mais, possui a vantagem de vendas 24 (vinte e quatro) horas por dia, o que não é possível realizar fisicamente.

Um outro ponto é a economia de custos, pois não havendo espaço físico para a exposição do produto ou demonstração do serviço, conseqüentemente, não existem despesas como o aluguel, IPTU, seguro predial, taxas de bombeiro (e até mesmo laudêmio, onde houver), contas de água, luz e etc.

Existe ainda a questão da independência física da administração, visto que com o advento das lojas virtuais, a empresa poderá ser administrada de qualquer lugar, bastando um aparelho compatível (notebook, computador ou celular) e conexão com a rede de internet.

Financeiramente o comércio eletrônico é mais rentável para ambos os lados, vez que os custos operacionais fixos são mais baixos, fazendo com que

¹³ MARINHO, Jessica. **E-commerce no Brasil cresceu 73,88% em 2020, segundo Indicador de Consumo**. Escola de E-Commerce. 03 fev. 2021. Disponível em: <https://www.escoladeecommerce.com/artigos/e-commerce-no-brasil-cresceu-em-2020/> Acesso em: 15/07/2021.

os produtos fiquem, em tese, mais “baratos”, o que torna as lojas virtuais extremamente competitivas no preço das mercadorias. Logo, basta uma simples pesquisa de determinado produto na internet e na loja física para se verificar o aumento do valor do produto nesta última hipótese.

Dessa forma, inegável o impacto das plataformas digitais no comércio, que deve ser ainda mais relevante nos próximos anos.

Importante destacar que o e-commerce pode ser dividido em várias categorias e, dentre elas, existe aquela que talvez seja a mais comum ou pelo menos a mais utilizada no Brasil, qual seja, o “e-Marketplace”.

O conceito pode ser idealizado ao se imaginar uma espécie de shopping center virtual, reunindo várias lojas, marcas e serviços em um só lugar. Isto é, o e-marketplace é uma loja virtual que une diversos fornecedores e os conecta diretamente com seus clientes.

Um grande exemplo é o varejista “Magazine Luiza”, ou para os mais íntimos “MagaLu”, que recentemente anunciou a aquisição¹⁴ de uma grande rede de games e tecnologia, a KaBuM, num negócio que movimentou 3,5 bilhões de reais. Já a nível mundial, tem-se na Amazon o exemplo mais bem sucedido de e-marketplace.

Ademais, o sucesso dos shoppings centers virtuais se deve às **excelentes** oportunidades de negócios que podem ser gerados a partir deles, afinal, os vendedores (atualmente, uma grande parcela de pequenos empreendedores que têm se interessado pelo comércio eletrônico, haja vista a desnecessidade da criação e manutenção de um site próprio, e conseguindo maior visualização/alcance nos anúncios) conseguem apresentar uma gama diversificada de produtos e serviços, facilitando também para o consumidor, que não precisará procurar (de site em site) o que busca.

4 Os desafios do comércio eletrônico

Em razão do exposto apresentado até aqui, é possível observar que o comércio eletrônico apresenta pontos positivos tanto para fornecedores quanto para consumidores. Entretanto, há que se considerar uma preocupação no que diz respeito aos mecanismos de proteção e defesa do consumidor nos contratos eletrônicos, tendo em vista a sua vulnerabilidade e hipossuficiência, outrora discutido no presente trabalho.

¹⁴ BARBOSA, Fernando. **Magazine Luiza anuncia a aquisição do e-commerce KaBuM!** Grandes Empresas e Pequenos Negócios. 15 jul 2021. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2021/07/magazine-luiza-anuncia-aquisicao-do-e-commerce-kabum-por-r-35-bilhoes.html>. Acesso em: 19/07/2021.

Essa preocupação é decorrente principalmente em relação à desconfiança técnica e jurídica nas negociações no ambiente virtual por falta de transparência no oferecimento dos serviços.

Portanto, após todo o embasamento sobre o tema estudado, será analisado adiante os principais desafios suportados pelos consumidores no universo do comércio eletrônico a fim de responder a problemática central do estudo, qual seja, se o e-commerce assegura os direitos mínimos e essenciais aos consumidores, bem como, se existem propostas de enfrentamento sob a ótica jurídica consumerista.

4.1 Efetividade da legislação brasileira no e-commerce

A oferta de consumo pode ser entendida como a prática negocial entre fornecedores e consumidores em oferecer produtos e serviços pela internet, desde que nas condições da oferta indicada.

Cláudia Lima Marques¹⁵ aponta que o consumidor é vítima de marketing agressivo e que o fornecedor na rede virtual não possui 'rosto', e sim marca/nome comercial, o que atrai na maioria das vezes o consumo exagerado e a indução a erro dos marketings online.

Dessa forma, o Decreto nº 7.962/2013, conforme citado no capítulo anterior, tem um importante papel nesse tema, uma vez que surgiu com a finalidade de trazer transparência, segurança no comércio eletrônico e proteção ao consumidor nos contratos eletrônicos.

Anteriormente a este Decreto, não existia regra própria para esse tipo de negócio. Desse modo, a proteção do consumidor era, entre as várias questões suscitadas pelo comércio eletrônico, uma das mais complicadas, já que, sob esse aspecto, não havia regulamentação própria.

Com isso, os casos e disputas judiciais que versavam sobre o assunto antes da promulgação do Decreto eram extremamente controvertidos, fazendo com que os operadores de direito se baseassem em costumes, analogias e princípios da legislação consumerista existentes à época. A principal fonte legal do tema era o artigo 5º, XXXII da Carta Magna de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Nessa perspectiva, com vistas a cumprir o comando constitucional, o Executivo no uso das determinações do art. 84, IV, CF/88 regulamentou o comércio eletrônico, sendo o Decreto aplicável aos contratos eletrônicos.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

Sobre esse tema, Sergio Cavalieri¹⁶ defende a reparação integral dos danos materiais imputados ao consumidor, devendo o ônus do comércio eletrônico e contratação eletrônica serem suportados única e exclusivamente ao fornecedor.

Em consonância com esse entendimento, o artigo 5º, §2º do Decreto 7.962/13 efetiva a rescisão do contrato eletrônico sem que haja qualquer ônus para o consumidor, em respeito ao direito de arrependimento.

Outros exemplos podem ser citados como a compra pela internet de determinado produto e a não entrega ao consumidor dentro do prazo informado, no qual o consumidor pode exercer o direito ao arrependimento da aquisição do produto ou serviço pela internet e o conseqüente pedido de cancelamento da compra e ressarcimento do valor pago, uma vez que a vulnerabilidade do consumidor é mais acentuada por não ter contato direto com o produto.

Este direito ao arrependimento, inclusive, foi consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990, antes da existência do comércio eletrônico. À época, esse instituto tinha como premissa a garantia do direito do consumidor de se arrepender da compra realizada sem o acesso físico ao produto ou serviço. Partia dos exemplos das compras realizadas por meio de catálogos ou via telefone, sem maiores informações sobre os produtos adquiridos.

Como medida de reforço ao CDC, o Decreto 7.962/13 em seu artigo 5º gerou ao fornecedor o “dever ao fornecedor de informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor”, podendo ser exercido “pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.”

O exercício do direito de arrependimento implica, portanto, direitos essenciais ao consumidor, especialmente sobre a rescisão dos contratos acessórios.

Vale ressaltar essa conquista, uma vez que a legislação protege o consumidor do comércio eletrônico ao identificar a sua fragilidade quando sujeito a práticas comerciais mais agressivas capazes de limitar o seu discernimento para contratar ou deixar de contratar, pois fora do estabelecimento comercial a noção de qualidade e defeito do produto é menor, proporcionando um maior desconhecimento em relação ao objeto contratado.

Ademais, como já exposto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor designa o direito à informação como um dos deveres primordiais da relação jurídica, estando este diretamente correlacionado ao princípio da boa-fé objetiva, como um dever anexo. Isto é, o consumidor precisa estar informado de maneira clara, transparente e precisa sobre todas as informações sobre o contrato eletrônico para que possa decidir se irá ou não realizar a contratação.

¹⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Porém, um dos grandes desafios observados nos sites de compras em geral são a ausência de informações técnicas para os consumidores sobre os serviços oferecidos e o correto uso dos produtos. A oferta e apresentação de produtos ou serviços deveriam apresentar informações exatas sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Todavia, essa não é a prática vista, ou seja, a violação do dever anexo é cristalina. O que se vê são excessos de informações desnecessárias com o objetivo de saturar o contratante a fim de cansá-lo ou dispersá-lo. Assim, muito embora a informação esteja presente, ela está maliciosamente escondida, com o objetivo de que ela não chegue ao conhecimento do consumidor, violando assim a boa-fé e o dever anexo de informação.

Destarte, o Decreto 7.692/13 exige dos fornecedores a disponibilização completa da informação na oferta ou conclusão do contrato de consumo (art. 2º), pelo que busca reforçar os direitos dos consumidores.

Quanto às penalidades aplicadas aos fornecedores pela inobservância das condutas descritas no Decreto, é disposta a aplicação subsidiária das sanções previstas no CDC, no artigo 56.

Por fim, a efetividade da legislação brasileira para proteger o consumidor no comércio eletrônico se ampara de forma mais ostensiva nos princípios basilares configurados primordialmente no Código de Defesa do Consumidor de 1990. As legislações esparsas surgiram para assegurar e especificar proteções e direitos já existentes, porém ainda se mostram em transformação, principalmente quanto a responsabilização mais efetiva dos fornecedores quando esses direitos e proteções são violados.

Conclusão

Em razão de todo o exposto, foi possível verificar que o comércio eletrônico se tornou um dos principais mecanismos no desenvolvimento das relações de consumo, ultrapassando inclusive o comércio presencial, isso tudo em decorrência do progresso da tecnologia e ao acesso à internet.

O Código de Defesa do Consumidor vem tentando cumprir a função de regular as relações entre consumidores e fornecedores, contudo ainda se mostra iniciante na regulamentação em relação ao comércio eletrônico. Isso se dá devido ao constante desenvolvimento da tecnologia e o seu crescimento inesperado, pelo que as regulamentações sobre o e-commerce se apresentam voláteis e ainda pouco eficientes.

Por sua vez, os consumidores virtuais sentem-se desprotegidos juridicamente quando seus direitos são violados pelo fato de serem vulneráveis nesse meio, principalmente em razão da falta de conhecimento técnico acerca do meio eletrônico.

Diante disso, surgiu o questionamento acerca da garantia aos direitos mínimos e essenciais para os consumidores praticantes do comércio online. Sendo assim, foi necessário introduzir conceitos e princípios protetivos na seara consumerista para após, analisar a efetividade da regulamentação específica do e-commerce no Brasil, pelo que, constatou-se, que a regulamentação do e-commerce no país ainda necessita de melhoras que protejam com maior eficiência o consumidor.

É fato que existem princípios norteadores que protegem os consumidores nas relações de consumo no comércio eletrônico, princípios estes consagrados no próprio CDC como os da boa-fé, transparência, informação, segurança, equilíbrio nas prestações e da vulnerabilidade, este último, partindo-se do pressuposto que todo consumidor é vulnerável e não depende de condição econômica.

Porém, o que se observou foi uma necessidade de haver uma regulamentação específica mais robusta tratando sobre as relações de consumo no e-commerce. As regulamentações existentes ainda não são passíveis de proteger o consumidor de forma satisfatória.

Embora o Decreto 7.692/13 apresente um marco na regulamentação do comércio eletrônico no Brasil, ainda se mostra genérico e carente de formas de penalidades ao fornecedor de má-fé, além de medidas para assegurar o cumprimento destas.

Destaca-se especialmente o desafio da necessidade de uma alteração substancial quanto às informações técnicas dos produtos e serviços ofertados, onde o grande entrave do comércio eletrônico é a segurança das compras, uma vez que a maioria dos fornecedores não cumprem as determinações legais pela falta de penalidade efetiva quanto a essas violações.

Ademais, foi possível observar que os contratos eletrônicos no e-commerce ainda são uma extensão do comércio tradicional, pelo que ainda não foi possível criar tal instituto do direito. Contudo, a criação do Decreto, apesar de tardia e ainda 'verde', se mostra como um importante avanço na proteção desse tipo de contratação realizada na forma online, pois surgiu para complementar e reforçar a aplicação das normas da legislação de proteção ao consumidor que já faziam parte do ordenamento jurídico.

Por fim, a expectativa é que as normas que regulamentam tal comercialização passem a ser mais efetivas, trazendo maior solidez, transparência, segurança e proteção no momento da materialização do negócio.

Referências

BARBOSA, Fernando. Magazine Luiza anuncia a aquisição do e-commerce KaBuM! Grandes Empresas e Pequenos Negócios. 15 jul 2021. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2021/07/magazine-luiza-anuncia-aquisicao-do-e-commerce-kabum-por-r-35-bilhoes.html>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 997993 MG 2007/0247635-6. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 06 ago. 2012. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%20997993>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Balcão Virtual do Conselho Nacional de Justiça. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/balcao-virtual/>. Acesso em: 09 jul. 2021.

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARINHO, Jessica. E-commerce no Brasil cresceu 73,88% em 2020, segundo Indicador de Consumo. Escola de E-Commerce. 03 fev. 2021. Disponível em: <https://www.escola-deecommerce.com/artigos/e-commerce-no-brasil-cresceu-em-2020/> Acesso em: 15 jul. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

NETTO, Felipe Braga. Manual de Direito do Consumidor. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

UNCITRAL. Lei Modelo da UNCITRAL Sobre Comércio Eletrônico. Adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional a 21 de junho de 1985, alterada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional a 7 de julho de 2006. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPI/Lei-modelo_uncitral.pdf. Acesso em: 08 jul. 2021.

CAPÍTULO 21

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO É SUBJETIVA OU OBJETIVA?

*Laís Monique de Andrade da Costa*¹

*Patrícia Wedja Esteves Gonçalves*²

Introdução

A relevância do tema é fundamental pois os influenciadores digitais detêm de grande capacidade de persuasão ao circular informações referentes a ofertas de produtos e serviços, não só isso, mas também incentivam o consumo de determinado produto com cupons de descontos e sorteios.

É certo que com a era digital, o consumo tem tomado maiores dimensões, visto que a facilidade de se ter todas as mídias sociais e o acesso a internet pelo celular tem sido um facilitador para as relações consumeristas.

Nesse contexto, aparecem os influenciadores digitais que trabalham nas plataformas como divulgadores de marcas, produtos e serviços, de forma que, seus seguidores se sintam com desejo de ter ou usar o item ofertado.

Essa facilidade digital e a publicidade frequente das mídias sociais merecem ser observadas de forma mais criteriosa no que diz respeito a responsabilidade do digital influencer no que é divulgado em seu ambiente de trabalho virtual.

Este artigo tem como prioridade definir o instituto da Responsabilidade Civil e analisar a forma Objetiva e Subjetiva no trabalho desempenhado pelo influenciador quando este indicar qualquer mercadoria a seus seguidores, quando essa indicação acarreta em ato ilícito perante o consumidor.

Entretanto algumas dúvidas surgem: Será que de fato o influenciador digital consegue induzir o seu seguidor enquanto consumidor de um produto divulgado por ele na internet? Os cupons de descontos deixam o seguidor mais atraído em adquirir artefatos proposto pelo Influencer ? De que forma o código do Consumidor trata essa relação?

¹ Advogada e membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB-PE, Subseccional Cabo de Santo Agostinho. la.adv13@gmail.com

² Advogada e presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB-PE, Subseccional Cabo de Santo Agostinho. pgoncalves.adv@outlook.com

Nesse artigo de metodologia dedutiva, serão respondidas essas perguntas, além de enfatizar o tipo de responsabilidades nas quais o causador do dano poderá ser responsabilizado.

2 Conceito de Responsabilidade Civil

Definir o Conceito de Responsabilidade Civil é entender o significado do instituto. Vejamos o que alguns doutrinados escrevem sobre: “A responsabilidade civil está relacionada à **noção de que somos responsáveis pelos fatos decorrentes** da nossa conduta, isto é, que devemos nos conduzir na vida sem causar prejuízos às outras pessoas, pois se isso acontecer ficamos sujeitos a reparar os danos. E, de outra parte, significa que as pessoas têm o direito de não serem injustamente invadidas em suas esferas de interesses, por força de nossa conduta, pois caso isso aconteça **têm elas o direito de serem indenizadas na proporção** do dano sofrido. Vemos então que a responsabilidade civil está ligada à conduta que provoca dano às outras pessoas.” Santos³.

No segundo entendimento, “**aplicação de medidas que obriguem** alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros”. Diniz⁴. finalizando “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida” Tartuce⁵.

A responsabilidade pode ser classificada em responsabilidade civil subjetiva, conforme **Código Civil de 2002 a qual não há necessidade de culpa**, e a responsabilidade civil objetiva adotada em nosso código do consumidor.

3 O que diz o Código Civil sobre Responsabilidade

O Código Civil traz o conceito de ato ilícito, que são atitudes acarretadoras do dever de responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva. Abaixo, é possível verificar o conceito da palavra em alguns artigos do Diploma Legal.

Como regra geral o Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, embora a responsabilidade subjetiva seja a tradicional, a que se configura na comprovação de culpa do agente causador. Senão, vejamos o que nos ensina o Código Civil de 2002, mais precisamente no Título III:

³ SANTOS, Romualdo Baptista dos, **Teoria da Responsabilidade Civil**. In: HIRONAKA, Giselda M.F.N et al. (Orgs.). *Responsabilidade Civil: Direito Civil – v.5*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p.27

⁴ DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: **Responsabilidade Civil**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.7

⁵ TARTUCE, Flávio, **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 6.Ed. São Paulo: Método, 2016.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁶

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁷

Esses dois artigos trazem em sua previsão legal os tipos de ações que serão capazes de configurar algo defeso e ao mesmo tempo capaz de ser indenizada.

3.1 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva – Diferenciação

3.1.1 Responsabilidade Subjetiva

Para Tartuce, a responsabilidade subjetiva “constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia)”⁸.

Logo, entende-se que sem que exista a culpa, a intenção de causar dano a outrem e isso venha não venha a ser comprovado efetivamente, então não acarretará o dever de indenizar.

3.1.2 Responsabilidade Objetiva

Explicada a responsabilidade subjetiva, passa-se a analisar a responsabilidade objetiva vai ao oposto do que fora mencionado anteriormente, logo faz-se compreender que independe a comprovação da culpa para que o dano seja indenizado.

O Código Civil em seu artigo 927 define:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade nor-

⁶ BRASIL, Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm Acesso em: 29 jul. 2021.

⁷ Lei nº 10.406 Op cit.

⁸ TARTUCE, op. cit., p. 559.

malmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁹

Pablo Stolze Gagliano¹⁰ traz em seu contexto a culpa como sendo a noção básica da responsabilidade civil no qual cada um responde pela própria culpa. Sendo assim, a obrigação de indenizar surge somente se o dano houver sido praticado de forma culposa.

4 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

É notório que a principal característica da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor seria proteger os vulneráveis nas relações consumeristas, para tanto em seu Título I, Capítulo I – disposições gerais, o diploma traz no artigo 1º, a seguinte previsão: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”¹¹

Relativamente às consequências da inobservância do dever de indenizar, Tartuće leciona:

A imputação de responsabilidade objetiva, prevista nos arts. 12, 14 e 18 do **Código Consumerista**, traz as consequências decorrentes do desrespeito a tal dever, havendo uma ampliação de responsabilidade, inclusive pela **informação mal prestada**. Em tais hipóteses, a **boa-fé objetiva** é determinante para apontar a responsabilidade pré-contratual, decorrente da má informação, da publicidade enganosa e abusiva.¹²

Assim, entende-se que a responsabilidade subjetiva decorre de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Apesar do Código do Consumidor ter como regra a teoria objetiva, existe uma exceção quando se trata de profissionais liberais, a qual poderá ser vista no art. 14, § 4º onde “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”¹³.

⁹ Lei nº 10.406 Op cit.

¹⁰ GIANCOLI, Bruno Pandori; JÚNIOR, Marco Antônio Araújo. **Direito do Consumidor: Difusos e Coletivos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

¹¹ BRASIL. Lei 8.078/90. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor** (1990). **Código de proteção e defesa do consumidor e legislação correlata**. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

¹² TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**, Volume Único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p.92

¹³ Lei nº 8.078/90 Op. cit.

Fez-se necessário trazer os institutos acima relacionados para que se possa compreender o contexto da responsabilidade no atual cenário da era digital, onde cada vez mais a informação e a publicidade são difundidas rapidamente ao passo que acelera a evolução tecnológica, aproximando culturas e de certa forma criando uma **influência devido as novas ferramentas de venda de produtos e serviços** através das redes sociais.

Diante desse panorama, o digital influencer, vem com um papel importante, formando opiniões através de sua visibilidade e poder de convencimento, o qual faz parcerias com empresas para divulgação de produtos e serviços.

Assim, entende-se que o influenciador passa a figurar no polo de relação de consumo assumindo e sendo equiparando o papel de fornecedor.

5 A responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais

Incontestável falar do crescimento no consumo na internet nos últimos anos, principalmente no período em que a crise sanitária tomou espaço mundial diante da Pandemia do Corona-vírus.

Os períodos de Lockdowns forçadamente instituídos durante os anos de 2020 e 2021 fizeram com que as publicidades fossem mais intensas na internet e plataformas de uma forma geral, de forma que seguidores/consumidores fossem tocados a utilizar ainda mais os produtos expostos nesse meio de comunicação.

Para Santos “Os influenciadores digitais são sujeitos que **expressam opiniões**, geram conteúdos, ditam comportamentos e influenciam os seguidores, impactando diretamente no modo de pensar, de agir e de escolher dos consumidores dos conteúdos propagados.”¹⁴.

Já para Moreira e Barbosa explicam o que são os influenciadores digitais da seguinte forma:

[...] Apesar de serem “sujeitos comuns”, os influenciadores digitais são verdadeiros profissionais da web e têm, portanto, a **obrigação de respeitar** os princípios de boa-fé e transparência em prol dos consumidores, devendo deixar explícita a sua relação comercial com a empresa do produto divulgado. Ainda não é tão frequente a identificação da publicidade, sendo inclusive mais interessante para o próprio fornecedor que o post aparente apresentar uma opinião desinteressada como se fosse um conselho ou uma indicação, pois é nítida a predileção por publicações autênticas, assim como visto anteriormente, em detrimento de textos patrocinados fruto de uma relação

¹⁴ SANTOS, Maria Luiza Vieira. **Influenciador Digital - Responsabilidade Civil face à vulnerabilidade do consumidor**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás Escola de Direito e Relações Internacionais. Artigo Científico. Goiânia-GO 202. P. 08

contratual. Ocorre que, ao conduzir o consumidor a erro quanto à origem das alegações veiculadas, trata-se de publicidade enganosa, sendo, portanto, ilícita.¹⁵

Relacionando ao uso das redes sociais constantes e as respectivas influências nos leva a entender:

Com toda a liberdade e a facilidade possibilitadas pela internet, o conteúdo vai se tornando uma das principais ferramentas utilizadas pela marca no seu planejamento de marketing no ambiente digital. Nesse cenário, alguns indivíduos têm se sobressaído em algumas redes sociais, reunindo e influenciando milhares - em alguns casos, milhões - de pessoas: são os influenciadores digitais.¹⁶

Logo, observa-se que esses direcionadores geram um grande poder de convencimento para sua audiência, fazendo com que muitos dos seus seguidores se interessem por produtos por eles indicados.

Mas de que forma o consumidor pode ser influenciado através das mídias sociais? No entendimento de Bezerra, Nogueira e Cabral¹⁷ observa-se:

No processo de tomada de decisão, o consumidor virtual pode ser influenciado por variáveis psicológicas, como por exemplo: satisfação e conhecimento com os métodos casuais de compra de produtos, predisposição a busca por variedade ou necessidade de avaliação de compra pelo ambiente virtual; ou ainda ferramentas tradicionais do marketing, bem como por experiências online.

O fornecedor é conceituado como aquele que vende ou produz um produto ou presta algum produto ofertado no mercado, dessa forma a lei se refere a fornecedor como um sujeito ativo da relação de consumo, se não existisse a figura do fornecedor para disponibilizar os seus produtos e serviços não existiria consumidor, nem a relação de consumo. A lei 8.078/90¹⁸ traz a seguinte definição:

¹⁵ MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. **O reflexo da sociedade do hiperconsumo no instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais**. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Artigo Científico. São Paulo-SP. 2018

¹⁶ SILVA, Cristiane Rubim Manzina da; TESSAROLO, Felipe Maciel. **Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataformas de Mídia**. Faculdades Integradas Espírito Santense – FAESA, Artigo Científico. Vitória-ES. 2016

¹⁷ BEZERRA, Luiza Karine Oliveira; NOGUEIRA, Marcos Paulo Luz & CABRAL, Daniel Barbosa. **Impactos das redes sociais e influenciadores digitais na decisão de compra dos consumidores**. Caderno Profissional de Marketing UNIMEP. CPMARK. Piracicaba-SP. 2020.

¹⁸ Lei nº 8.078/90 Op.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Neste aspecto o doutrinador Miragem define: “O fornecedor em relação ao consumidor é **aquele que detém o conhecimento técnico, capacidade econômica superior**, ele é a parte mais estável da relação.”¹⁹.

Notadamente, o influenciador digital é **comparado ao fornecedor** conforme definido no artigo 3º do CDC por fazer comercialização de produtos ou serviços em seus ambientes de trabalho no mundo virtual.

A responsabilidade do divulgador nas plataformas digitais fazendo propagandas de produtos ou **serviços de terceiros é adotado a responsabilidade objetiva** indireta, conforme explica Tartuce (2016, p. 569), citando Azevedo (2004, p. 284) “Enuncia o art.933 do CC/2002 que a responsabilidade das pessoas antes elencadas independe de culpa, tendo sido adotada a teoria do risco-criado. Dessa forma, as pessoas arroladas, ainda que **não haja culpa de sua parte (responsabilidade objetiva)**, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Mas para que essas pessoas respondam, é necessário provar a culpa daqueles pelos quais são responsáveis. Por isso a responsabilidade é denominada objetiva indireta ou objetiva impura, conforme a doutrina de Álvaro Villaça Azevedo.”²⁰

Bezerra narrando sobre a persuasão dos influenciadores digitais traz o seguinte:

Nesse contexto, em razão do poder de persuasão que os influenciadores digitais exercem sobre seus seguidores, usuários de internet por meio da sociedade de exposição, bem como a confiança dispensada a eles e a vantagem econômica que recebem, entende-se que a responsabilidade dos influenciadores digitais é objetiva, tendo em vista os princípios da boa-fé e solidariedade, sem esquecer a necessária opção do legislador em proteger a parte mais vulnerável **da relação consumerista que é o consumidor.**²¹²¹

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 135.

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, *apud* TARTUCE, op. cit., p.

²¹ BEZERRA Luíza Karine Oliveira; NOGUEIRA, Marcos Paulo Luz; CABRAL, Daniel Barbosa. **Impactos das redes sociais e influenciadores digitais na decisão de compra dos consumidores**. Caderno Profissional de Marketing UNIMEP. CPMARK. Piracicaba-SP. 2020.

Entende-se, da seguinte forma, ainda que o influenciador digital não seja causador do dano e mesmo que não tenha a culpa, diante da teoria do risco, este passa a ser responsabilizado pelo que fornece e divulga aos seus seguidores nas redes sociais.

6 A vulnerabilidade do consumidor diante das influências digitais

No capítulo II do CDC, artigo 4º, parágrafo I é reconhecida na Lei a vulnerabilidade do consumidor diante das relações consumeristas da seguinte forma:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo 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 da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 9.008, de 21/3/1995)
I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;²²²²

Para Tartuce e Amorim “ Apesar de a norma ter um caráter administrativo, não me parece que haja qualquer problema em se adotar as mesmas premissas para a responsabilidade civil da agência de publicidade e do veículo de comunicação ante os consumidores, o que é dedução direta da aplicação da teoria do diálogo das fontes, em benefício do vulnerável negocial.”²³²³

Cavaliere Filho²⁴²⁴ ensina (2007, p.450) “A vulnerabilidade é a própria razão de ser do nosso código do consumidor, ela existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica em face do fornecedor.”

A responsabilidade civil pelo fato do produto e serviço consiste em imputar ao fornecedor a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor devido a defeitos do produto que se caracteriza como imperfeições capaz de causar dano a saúde física e segurança do consumidor.

O CDC, especificamente nos artigos de 12 a 14, determina a responsabilidade objetiva dos fornecedores decorrentes dos danos provenientes dos defeitos dos produtos e serviços como também dos possíveis vícios. Assim em via de regra o fornecedor/ influenciador digital se torna responsável por ser ele quem

²² Lei nº 8.078/90. Op. Cit.

²³ TARTUCE e NEVES, Op. Cit, p. 768

²⁴ FILHO, Sérgio CAVALIERI. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.450

incentiva, divulga e influencia o produto ou serviço de terceiros no mercado.

Com vista neste cenário de preocupações com as questões relativas ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor tem como um direito essencial a reparação e equilíbrio de um dano.

Diante disso a lei 8.070/90 prevê a responsabilidade objetiva que independe de culpa exigindo apenas o dano e o nexo de causalidade entre ação e omissão do agente e o resultado danoso.

Conclusão

Conforme verificado no presente artigo, a internet trouxe diferentes possibilidades de manifestações no qual pessoas comuns ganham simpatia e a confiança de seguidores, tornando-se um influenciador digital, ou seja, esses influencers inspiram e criam um vínculo de amizade, passando a ganhar destaque social, sendo remunerados para divulgarem os mais variados produtos e serviços, tornando sua plataforma virtual em uma vitrine comercial.

Ocorre que, diante desse universo de tecnologia, vendas e compras encontram-se também **os atos ilícitos cometidos dentro dessa relação de confiança**, podendo esses ser golpes ou até mesmo má prestação de serviços os quais são divulgados pelos influenciadores.

Diante desse estímulo excessivo em relação a ofertas e consumos, cabe ao anunciante, ou seja, ao digital influencer que é equiparado ao fornecedor de **serviços nos termos do Código de Defesa do Consumidor sendo assim responsabilizado objetivamente pelo dano causado**, pois nas suas publicações deverá existir transparência e boa-fé.

Em relação a **reparação por dano moral ou material, defendida no Código Civil** é adota também a teoria da responsabilidade subjetiva, para tanto há a necessidade que a conduta tenha nexo causal, dano e culpa, a partir desses elementos o causador tem o dever de ser responsabilizado.

No que tange ao **código do consumidor entende-se que a relação entre influenciador, seguidor, anúncios**, forma uma cadeia sendo o influenciador equiparado ao fornecedor e consequentemente a responsabilização objetiva, ou seja, independentemente da aferição de culpa.

Isso se dá diante da hiper vulnerabilidade do consumidor protegida e defendida no diploma legal, garantindo que os consumidores tenham a devida proteção e que os atos realizados por influenciadores como explicado no artigo tenham a punição diante de seus atos.

Referências

BEZERRA, Luiza Karine Oliveira; NOGUEIRA, Marcos Paulo Luz & CABRAL, Daniel Barbosa. Impactos das redes sociais e influenciadores digitais na decisão de compra dos consumidores. Caderno Profissional de Marketing UNIMEP. CPMARK. Piracicaba-SP. 2020. Disponível em: <https://www.cadernomarketingunimep.com.br/ojs/index.php/cadprofmkt/article/view/243> . Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Lei 8.078/90. Código de Proteção e Defesa do Consumidor (1990). **Código de proteção e defesa do consumidor e legislação correlata. 5. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.**

BRASIL, Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 29 jul. 2021.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.7

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.450.

GIANCOLI, Bruno Pandori; JÚNIOR, Marco Antônio Araújo. Direito do Consumidor: Difusos e Coletivos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Artigo Científico. São Paulo-SP. 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322640448.pdf> . Acesso em: 30 jul. 2021.

SANTOS, Maria Luiza Vieira. Influenciador Digital - Responsabilidade Civil face à vulnerabilidade do consumidor. Pontifícia Universidade Católica de Goiás Escola de Direito e Relações Internacionais. Artigo Científico. Goiânia-GO 202. p. 08

SANTOS, Romualdo Baptista dos, Teoria. Teoria da Responsabilidade Civil. In: HIRONAKA, Giselda M.F.N et al. (Orgs.). Responsabilidade Civil: Direito Civil– v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

SILVA, Cristiane Rubim Manzina da; TESSAROLO, Felipe Maciel. Influenciadores Digitais e as Redes Sociais Enquanto Plataformas de Mídia. Faculdades Integradas Espírito Santsense – FAESA, Artigo Científico. Vitória-ES. 2016. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf> . Acesso em 29 jul. 2021.

TARTUCE, Flávio, Manual de Direito Civil: Volume Único. 6.Ed. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual, Volume Único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

CAPÍTULO 22

PUBLICIDADE SUBLIMINAR EM FORMA DE ESTRATÉGIA SUBLIMINAR PARA FORMAÇÃO DA *MATRIX*¹ COMPORTAMENTAL E SUA INFLUÊNCIA NO CONSUMO SUSTENTÁVEL E HIPERCONSUMISMO

Ricardo Albuquerque e Albuquerque²

1 Introdução

O presente estudo realiza uma análise acerca da publicidade realizada nas relações de consumo, mais especificamente posicionando a publicidade subliminar como estratégia subliminar resultante numa *matrix* comportamental, inserindo os consumidores numa realidade artificial. Trata-se de uma proposta teórica dentre de uma percepção realista, atual e factível em torno dessa estratégia subliminar formadora de uma sociedade de consumo manipulada pelos interesses dos fornecedores e/ou prestadores de serviços, cuja implicação nas relações de consumo se dá de forma direta e substancial.

A construção se realiza sob forte base teórica e factualmente palpável, identificando uma *matrix* que trata do comportamento dos consumidores, toda coletividade correspondente a sociedade brasileira, onde as implicações abordadas, dentro de corte metodológico necessário, dizem respeito ao consumo sustentável, com conseqüente impacto ambiental, como também vai além, tratando de outro importante problema decorrente da aplicação da *matrix*, qual seja o hiperconsumismo, vertente que se justifica na busca pela felicidade por meio de consumo de objetos.

Diante dos desafios do consumidor nos dias atuais, o trabalho tem por objetivo demonstrar a existência de uma *matrix* comportamental, sua origem teórica e sua implicação teórica e prática na coletividade de consumidores, dentro de uma proposta de desenvolvimento descritivo do tema.

¹ Palavra utilizada em alusão à trilogia *Matrix*, dos irmãos Wachowski.

² Ricardo Albuquerque e Albuquerque é advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira/RJ. Pós-graduado em Direito Internacional pela Universidade NOVA de Lisboa/PT. Pós-graduado em Direito do Consumidor e Mestre em Direito Privado pela Universidade de Salamanca/ES. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/PE. Coordenador da ESA/PE.

2 Aspectos iniciais acerca dos princípios da publicidade e identificação da publicidade subliminar

Uma abordagem acerca dos princípios da publicidade e seus desdobramentos, situando a norma principiológica como ponto de partida para a identificação da publicidade subliminar de forma ampla, traz em si a origem da teoria que busca se demonstrar no presente artigo.

2.1 Princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor que tratam especificamente da publicidade

Ao proceder à análise dos princípios, vale inicialmente destacar a adoção da doutrina do mestre Humberto Ávila que, diferentemente de Dworkin e Alexy, afastando-se da criação de cláusula de exceção, entende por estabelecimento de espécies precisas de comportamentos, mesmo que indiretamente, em teoria amplamente difundida, localizando os princípios no espaço das normas jurídicas, juntamente com as regras e postulados³.

Como se sabe, muitos são os princípios gerais contidos no Código de Defesa do Consumidor (CDC), tais como vulnerabilidade, equilíbrio, boa-fé objetiva, transparência, coibição e repressão ao abuso, bem como os princípios constitucionais, dentre os quais se pode mencionar a dignidade da pessoa humana, isonomia, informação, direito à intimidade, vida privada, honra e imagem.

De forma mais específica, pode-se identificar o princípio da publicidade, contendo, de acordo como consta da doutrina do professor Fabrício Bolzan, subdivisões em identificação fácil e imediata da publicidade, vinculação da oferta e/ou publicidade, proibição da publicidade ilícita, inversão obrigatória do ônus da prova, transparência na fundamentação publicitária e dever de contrapropaganda⁴.

2.2 Subdivisões do princípio da publicidade – identificando a publicidade subliminar de forma ampla

A identificação fácil e imediata da publicidade decorre de previsão normativa contida no art. 36, *caput* do CDC⁵, onde a mensagem publicitária deve ser captada assim que chegue ao conhecimento do consumidor. O conteúdo comer-

³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁵ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

cial não adequado ao princípio pode assumir, na verdade, forma de publicidade dissimulada (que possui conotação jornalística), subliminar (que não se percebe conscientemente) ou clandestina (*merchandising* – técnica de inserção indireta de produtos por meio de, por exemplo, personagens em novelas ou propagandas).

No que diz respeito a **publicidade dissimulada**, essa pode ser identificada por peça jornalística, com intenção de ludibriar os consumidores por meio de publicidade nos veículos de comunicação, jornais, revistas, televisão ou rádio, como se matéria jornalística fosse. Isto porque, ao ler uma matéria jornalística, o consumidor acaba tendo uma confiabilidade na informação, olvidando-se ou até não entendendo que se trata de uma ficção veiculada por publicidade de determinado produto ou serviço.

Para esse tipo de publicidade deve haver indicação que permita ao consumidor distinguir a matéria efetivamente jornalista da publicidade, conforme disposto no art. 30 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁶.

Publicidade clandestina ou *merchandising* é a técnica que utiliza por meios que introduzem as mensagens publicitárias no ambiente social, promovendo o produto ou serviço de forma indireta, em regra, por meio de personagens de propagandas ou novelas, conhecidos dos consumidores.

Um exemplo bem didático de prática do *merchandising* ocorreu em programa de televisão, onde, em 2011, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça, acabou multando a emissora porque o apresentador anunciava a marca ao invés dos nomes dos objetos dados aos participantes de gincanas⁷.

Apesar de não existir vedação a esse tipo de publicidade no CDC, a doutrina especializada entende que nesses casos deve existir informação prévia de que naquele programa, novela, filme ou outro evento midiático, haverá *merchandising* de certos produtos ou serviços devidamente identificados.

Núcleo do presente estudo, a **publicidade subliminar** pode ser entendida como sendo aquela pela qual o consumidor não consegue perceber de forma consciente a mensagem enviada pelo patrocinador, mas essa informação acaba sendo captada de forma inconsciente e influencia diretamente em sua conduta.

O professor Fabrício Bolzan cita exemplo dado pelo ministro Herman Benjamin, notadamente o trabalho de David Gurnick, *'Subliminal advertising: threat*

⁶ Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), órgão que realiza a regulamentação privada da publicidade e editou o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. O Código dispõe em seu art. 30, o seguinte: "A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor".

⁷ BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faia de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. p. 164.

to consumer autonomy?', que bem ilustra o poder da publicidade subliminar, relatando os efeitos desse teste realizado em cinema nos Estados Unidos, onde se constatou o seguinte: "A eficácia da publicidade subliminar foi testada, experimentalmente, em 1957. Em um cinema dos Estados Unidos, a audiência foi bombardeada com as seguintes frases, na velocidade de 1/3000 de segundo: 'Drink Coca-Cola' e 'Hungry? Eat Popcorn'. O consumo de tais produtos, durante a apresentação, aumentou bastante"⁸.

Em decorrência desse evento e constatações sobre a possibilidade de influência e utilização da publicidade subliminar, nos Estados Unidos, em 1974, a *Federal Trade Commission* (FTC) emitiu um aviso público definindo a publicidade subliminar como: "qualquer técnica por meio da qual é feita uma tentativa de transmitir informações ao espectador, transmitindo mensagens abaixo do nível limite de consciência normal".

No Brasil, o art. 29 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP)⁹, realiza menção a condenação da prática de produção de efeitos subliminares em publicidade ou propaganda, sem maiores aprofundamentos em relação ao seu efeito e poder de persuasão, por não ser uma técnica comprovada e que nunca teve sua comprovação juridicamente de forma inconteste.

De acordo com as considerações da FTC, bem como o tratamento dispensado pelo CBAP, em seu art. 29, aparentemente a publicidade subliminar não seria um elemento de alteração do comportamento dos consumidores, algo que pudesse destronar a antiga visão do consumidor como "o rei do mercado" ou mesmo não interferindo em seu poder de escolha.

Todavia, demonstrar-se-á que a publicidade subliminar deve ser levada mais em consideração por ter um grande poder modificador da sociedade consumerista, construtivo de uma realidade que se adequa aos anseios dos patrocinadores das publicidades, permitindo a da criação de uma *matrix*, onde o consumidor está inserido e não tem vontade propriamente própria, mas apropriada à essa realidade paralela.

⁸ ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 326.

⁹ Artigo 29 - Este Código não se ocupa da chamada "propaganda subliminar", por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente inconteste. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos "subliminares" em publicidade ou propaganda.

3 Construção teórica da *matrix* comportamental com base na publicidade subliminar, sentido amplo, como forma de estratégia subliminar e sua implicação no consumo sustentável e hiperconsumismo

A partir da análise e identificação da publicidade como elemento central da estratégia subliminar que faz nascer a *matrix* comportamental, chega-se a duas das principais implicações na vida do consumidor. De um lado, o consumo insustentável, com destruição do meio ambiente global. De outro, o hiperconsumo criador de deficiências psicológicas e de uma sociedade baseada numa busca pela perfeição do próprio ser humano, deixando de consumir para os outros e consumindo para si mesmo, no sentido de se tornar um ser virtual por meio de um pensamento distorcido de sua realidade.

3.1 Publicidade subliminar, sentido amplo, como forma de estratégia subliminar de alteração da realidade do consumidor – criação e manutenção da *matrix* comportamental

De plano, vale apresentar o conceito da palavra subliminar, onde se tem, conforme o Michaelis, o seguinte: *“Que influencia o pensamento, o comportamento e os sentimentos, sem que se perceba: Propaganda subliminar”*¹⁰.

Já no Dicionário Online de Português, pode-se verificar uma definição por abordagem psicológica, que aduz: *“Que não está no âmbito da consciência, embora, por repetição ou por outros procedimentos, consiga alcançar o subconsciente, alterando as emoções, as vontades, as opiniões”*¹¹.

Em relação a mensagem subliminar, no site Significados existe a seguinte menção: *“Mensagem subliminar é um conteúdo dissimulado, uma mensagem visual ou auditiva escondida que atua no subconsciente da pessoa que é exposta à mensagem em questão. São mensagens implícitas que têm algum objetivo predefinido e normalmente são usadas como uma forma sutil de incentivar algum tipo de comportamento, seja ele a compra de algum produto ou uma atitude no âmbito da ética e moral.”*¹².

Dentro dessa perspectiva acerca da definição do termo subliminar, mensagem subliminar e publicidade subliminar, no sentido de ser uma conduta que

¹⁰ SUBLIMINAR. In: MICHAELIS. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/subliminar>. Acesso em 30 jul. 2021.

¹¹ SUBLIMINAR. In: DICIO: dicionário online de Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/subliminar/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

¹² SUBLIMINAR. In: Significados. Disponível em: <https://www.significados.com.br/mensagem-subliminar/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

influencia o pensamento e comportamento do consumidor, seja de forma visual ou auditiva, incentivando, por exemplo, que realize uma compra de produto, certamente não há sombra de dúvidas de que a sociedade está diante de uma estratégia subliminar de alteração da realidade do consumidor, inserida numa *matrix* comportamental da qual não tem controle e nem mesmo como se desvencilhar.

A influência da publicidade exerce sobre a coletividade é incontestável. Nesse ponto vale colacionar breves palavras do jurista Rizzato Nunes que, ao discorrer sobre anúncio publicitário, entende: “A própria norma autorregulamentadora reconhece a influência que o anúncio publicitário exerce sobre a coletividade. É importante que assim seja exatamente para anular o depoimento de alguns publicitários que pretendem desresponsabilizar-se do que fazem, dizendo que a publicidade apenas reflete aquilo que a sociedade pensa e/ou faz. A norma até realça o aspecto da influência, porque diz textualmente: ‘de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas de população’ (art. 7º). Isso reforça a necessidade do controle administrativo e judicial da publicidade comercial”¹³.

Não se pode afastar da ideia de que se a publicidade “normal” realiza um trabalho excepcional em favor das empresas, fazendo com que o consumidor compre seus produtos ou contrate seus serviços, mais atenção ainda deve ser destinada a estratégia publicitária subliminar adotada por grandes empresas que acabam por criar a aqui denominada *matrix* comportamental.

Quando se fala em **estratégia subliminar** se busca indicar um **conjunto de publicidades** decorrentes de determinada empresa ou empresas das mais variadas formas, especialmente aquelas incansavelmente repetidas, contidas em páginas de internet, mais constantemente por meio de *google adds*¹⁴, que aparecem incansavelmente na tela do computador, celular ou tablet, para navegar na internet, além das enviadas por *e-mail marketing*, *whatsapp* corporativo, *sms* e outros meios de envio de publicidade.

Nessa estratégia, tem-se a grande arma publicitária que atinge ilegalmente ou não, com consentimento do consumidor ou não, sua intimidade, dados, informações gerais, mesmo que de forma indireta, é o *retargeting* ou *behavioral retargeting* (*retargeting* comportamental), que corresponde a soma dessas publicidades que atuam no subconsciente do consumidor, *google ads* que ficam ao lado do que o consumidor está lendo, piscando, acompanhando todas as páginas do navegador que são abertas em busca de realização de outras atividade que não a compra daquele produto publicitado no *ads*, adicionados aos e-mails ma-

¹³ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 348.

¹⁴ *Google Ads*, que anteriormente se conhecia por *Google AdWords*, resulta no principal serviço de publicidade da Google e sua principal fonte de receita, representando mais de 95% dos aproximados 75 bilhões de dólares de receita anual. Disponível em: <https://neilpatel.com/br/o-que-e-google-adwords-e-como-funciona-o-guia-passo-a-passo/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

rketing que chegam diariamente à caixa de entrada do e-mail do consumidor, e outras publicidades inseridas nessa estratégia subliminar.

O retargeting comportamental corresponde a publicidade direcionada ao consumidor com base em seu comportamento anterior na internet, captando suas ações, seus padrões, ou seja, todos os dados que importam para conseguir alcançar o objetivo que aquela publicidade busca, qual seja a venda de algum produto ou serviço, de forma ininterrupta e constante. Um exemplo do *retargeting* é quando o consumidor visita a página de um produto e depois é impactado por uma publicidade daquele produto.

Esse fluxo criado pelo fornecedor ou prestador de serviços se faz à revelia do consumidor, influenciando seu pensamento, comportamento e sentimentos sem perceber que está sendo alvo de uma estratégia da empresa que, por meio da publicidade, busca vender seus produtos ou serviços. É mais, se impõe uma necessidade, por muitas vezes, inexistente, sempre em proveito da vulnerabilidade do consumidor, fazendo com que acabe cedendo e aderindo ao cerne da publicidade massificada e organizada das empresas.

Outros são os fluxos e elementos de captação de informações do consumidor que interagem com a publicidade direcionada e cíclica, que fazem com que comportamentos sejam modificados no âmbito da coletividade, de toda sociedade, e esse passo constitui a estratégia subliminar que resultada na construção da *matrix* comportamental na qual o consumidor está inserido e dela não possui autonomia para sair.

Passa-se, assim, de uma publicidade normal para um sistema de publicidade subliminar. Fala-se subliminar pela ausência de conhecimento direto por parte do consumidor dessa estratégia, das abordagens publicitárias diárias e por meio de vários veículos de informação, especialmente por meio da internet, que entram no subconsciente do consumidor sem que ocorra a percepção dessa absorção de informação publicitaria, havendo mudança de comportamento em direção ao que se publicita pelo anunciante, fazendo da sociedade uma *matrix* controlada pelas grandes empresas.

3.2 Implicação da manutenção da *matrix* comportamental nas relações de consumo – alteração comportamental do consumidor, consumo sustentável, meio ambiente e hiper-consumismo

Identificada a *matrix* comportamental criada para a sociedade do consumo, vale situar a consequência dessa atividade empresarial em detrimento dos consumidores, que, desde logo, tem-se por implicação no aumento de consumo de produtos e serviços, muitas vezes desnecessários, já entranhada no comportamento dos consumidores, que acaba, por vezes, contrariando o consumo sus-

tentável, podendo gerar desequilíbrio ao meio ambiente¹⁵, dando ênfase, ainda, a uma sociedade do hiperconsumo.

A alteração comportamental do consumidor por meio da inserção na *matrix* faz com que duas questões sejam colocadas em evidência. Por um lado, o consumo sustentável e sua consequência ambiental e, por outro, a sociedade hiperconsumista.

Certo é que a produção de bens resulta de uma necessidade antropológica, sendo o consumo um direito fundamental, quando pensado a suprir as necessidades naturais e sociais que dizem respeito ao próprio ser humano. Capacidade de multiplicar produção de bens, sua utilidade, trazer conforto, tecnologia, empregos, bem-estar, qualidade de vida, atendo, assim, as necessidades do homem e sua dignidade. Visto por essa perspectiva, o consumo aparece como direito fundamental.

No entanto, apesar do homem apresentar capacidade de multiplicar bens da natureza, no intuito de satisfazer suas vontades, acaba por não empregar esforços para devolver os resíduos dos bens consumidos à natureza, sem causar dano, privilegiando o enfoque na sustentabilidade econômica e do lucro em detrimento de um planejamento ecológico, de um desenvolvimento sustentável.

Em reflexão conclusiva acerca do tema, Adir Ubaldo Rech aduz o seguinte: *“Buscando assegurar essas necessidades fundamentais, além dos bens naturais disponíveis na natureza, o homem tem buscando multiplicar e garantir novos bens de consumo. Mas problemas, como: o consumo desenfreado, a forma de produção desses bens, a não utilização da mesma tecnologia para devolvê-los à natureza e a desordenada ocupação humana têm sido as principais causas da poluição e degradação ambiental”*¹⁶.

Além das hipóteses indicadas por Rech, Agostinho, Henrique e Mariana Koppe, indicam de forma complementar as seguintes situações decorrentes da ausência de adoção do consumo sustentável: *“A título de exemplo, podem ser citados: desertificações, buracos na camada de ozônio, alteração da acidez dos mares, degelo das calotas polares, alterações climáticas, alterações das correntes marítimas, improdutividade das terras, entre outros. Na realidade, esses exemplos citados são somente alguns dos problemas ambientais que ameaçam o ecossistema da Terra”*¹⁷.

¹⁵ RECH, Adir Ubaldo. A sociedade de consumo e o desenvolvimento sustentável. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de consumo: meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2009. p. 30.

¹⁶ RECH, Adir Ubaldo. A sociedade de consumo e o desenvolvimento sustentável. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de consumo: meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2009. p. 43.

¹⁷ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio.

Seguindo a linha de raciocínio, verifica-se no conceito de sustentabilidade a passagem por ordenamento jurídico capaz de definir legalmente, de forma horizontal, alguns aspectos sociais de extrema importância, tais como: ocupação adequada e consciente do espaço urbano e rural e um processo de produção de bens e devolução dos resíduos desses bens à natureza com base científica, de uma forma que não cause impacto negativo ao meio ambiente, ou seja, que permita a produção dos bens e descarte na natureza de maneira sustentável.

Para não perder a linha, ressalta-se que esse primeiro ponto de implicação da manutenção da **matrix comportamental, consumo sustentável e suas implicações ambientais**, conecta-se com o passo anterior de sua construção, aquele que diz respeito à **estratégia subliminar** de alteração da realidade do consumidor e, ainda, com o passo posterior, a criação e manutenção do **hiperconsumismo**, busca da felicidade que justifica maior consumo de bens e serviços.

As consequências advindas do consumo estimulado por meio da *matrix* tem gerado vários problemas sociais, um deles já abordado anteriormente, consumo sustentável, e outro, também de extrema importância, diz respeito ao surgimento do chamado hiperconsumo.

O hiperconsumo se caracteriza pela busca do hiperconsumidor por sensações, emoções novas, experiências quando da obtenção de um produto, um bem ou serviço, indo além da mera posse das coisas.

Numa busca por objetos imbuídos de signos, que não eles em si próprios, mas que quando adquiridos possam remeter a outros significados, o hiperconsumidor se vê realizado. Trata-se não somente de relação entre preço e qualidade, necessidade e saciedade, nem mesmo de se limitar a obter produtos de alta tecnologia, mas de ir além, de buscar no consumo a realização de viajar no tempo para sentir as emoções de infância, de realçar um nível afetivo no consumo, ou mesmo de tentar se conservar na juventude.

Existe, aqui, um salto que supera o consumo para o outro, vivido até as últimas décadas do século XX, ressaltando o consumo do indivíduo para si, o que Lipovetsky considerar ser a edificação de uma nova civilização, a era do consumo individualista, como bem analisa:

Uma nova civilização foi edificada, a qual já não se propõe estrangular o desejo, mas que o exacerba e o desculpabiliza: o usufruto do presente, o templo do eu, do corpo e do conforto tornaram-se a nova Jerusalém dos tempos pós-moralistas. [...] O culto da felicidade em massa veio generalizar a legitimidade dos prazeres e contribuir para a promoção da febre da autonomia individual¹⁸.

Relações de consumo: meio ambiente. Caxias do Sul, RS: Educs, 2009. p. 17.

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **O Crepúsculo do Dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos.** Lis-

Os pontos se conectam. Matrix, hiperconsumo e consumo sustentável. A linha esticada se une entre os pontos verificados nas implicações da vida dentro da matrix comportamental. O equilíbrio dos pontos pode fazer valer essa vida, por mais que controlada externamente, por forças que podem ou não contribuir para a relação consumerista e para sua evolução de forma positiva.

Conclusão

Toma-se a publicidade subliminar, num sentido maior, de estratégica subliminar publicitária como grande vetor da construção da *matrix* comportamental no qual está inserido o consumidor, entendido como toda sociedade.

Pela demonstração teórica não se condena de forma absoluta a interferência das empresas, especialmente por meio da publicidade, na vida dos consumidores, vez que existe, de fato, melhorias na vida mesmo sendo “vida para o consumo”, por meio de avanço tecnológico, empregabilidade e economia, mas, em contraponto, há que se buscar o equilíbrio entre as ações de indução de comportamento com o bem-estar dos consumidores ou, até mesmo, a liberação da *matrix* gradualmente organizada.

Mesmo assim, torna-se incontestável a percepção que a influência atual que a *matrix* comportamental exerce sobre os consumidores resulta em inversão de valores, o caráter subliminar, sentido amplo, impede que os indivíduos percebam o que está acontecendo, que sua autonomia e tomada de decisões está contaminada pela vontade da *matrix*, cujas condutas refletem diretamente num cenário de consumo insustentável, prejudicial ao meio ambiente e, ainda, levando a exclusão social de alguns e desestabilização psicológica daqueles que se encontram no loop do hiperconsumo.

A publicidade subliminar, vista de forma ampla, confirma a estratégia subliminar publicitária que leva a confirmação da existência da *matrix* comportamental. O domínio dos consumidores pelo sistema implica na impossibilidade de permitir o consumo sustentável e na possibilidade de crescimento do hiperconsumo. A busca pelo equilíbrio da *matrix* poderia ser um resquício de esperança para superação da decadência social ali festejada, o que não se acredita, mas, assim como na trilogia, tem-se por possível.

Referências

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado – Coleção esquematizado, coordenador Pedro Lenza – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO E AS MARCAS DE MODA. Patricia Ceccato, Luiz Salomão, Ribas Gomez. Moda Palavra e-periódico. Ano 6, n.9, jan-jul 2012, pp. 116 – 132. ISSN 1982-615x.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe e MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4ª ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **O Crepúsculo do Dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza Koppe. Hiperconsumo e a ética ambiental. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de consumo: meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2009.

RECH, Adir Ubaldo. A sociedade de consumo e o desenvolvimento sustentável. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Relações de consumo: meio ambiente**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2009.

RESENHAS

CAPÍTULO 23

A ÓTICA DO DANO INDIVIDUAL AO COLETIVO GERADO POR CORPO ESTRANHO EM ALIMENTOS. COMENTÁRIOS A DECISÃO DO RESP Nº 1.644.405 – RS DO STJ

*Humberto Sousa*¹

Área do Direito: Consumidor**1 Acórdão**

STJ - REsp: 1644405 RS 2016/0327418-5. Data de Publicação: DJe 17/11/2017

Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI

Recorrente: Simone Beatriz Oliveira Almeida - Advogado: Karine Kwiatkowski Santos

Recorrido: Germani Alimentos Ltda - Advogados: Nilton Beck Muradás Junior e outro.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARREAR RISCOS AO CONSUMIDOR. 1. Ação ajuizada em 04/09/2012. Recurso especial interposto em 16/08/2016 e concluso ao Gabinete em 16/12/2016. 2. O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrialização, é necessária sua ingestão ou se o simples fato de levar tal resíduo à boca é suficiente para a configuração do dano moral. 3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Especialista em Direito Civil pela UNIP, e Especialista em Direito Contratual pela Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Direito do Consumidor, Comissão de Direito Bancário e Comissão de Empreendedorismo Jurídico da OAB Pernambuco.

à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC. 5. Na hipótese dos autos, o simples “levar à boca” do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita. 6. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.644.405 - RS (2016/0327418-5) - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI - RECORRENTE: PAULO RICARDO PEREIRA DE ALMEIDA RECORRENTE: SIMONE BEATRIZ OLIVEIRA ALMEIDA - ADVOGADO: KARINE KWIATKOWSKI SANTOS - RS076163 - RECORRIDO: GERMANI ALIMENTOS LTDA - ADVOGADOS: NILTON BECK MURADÁS JUNIOR - RS074439 JOSE VICENTE FILIPPON SIECZKOWSKI - RS/023007

RELATÓRIO - A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por PAULO RICARDO PEREIRA DE ALMEIDA e SIMONE BEATRIZ OLIVEIRA ALMEIDA, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do **Ação**: de indenização por danos morais, em face de GERMANI ALIMENTOS LTDA., em que alega a ocorrência de danos extrapatrimoniais decorrentes do seguinte evento: após terem adquirido, em 19/06/2012, um biscoito recheado fabricado pela recorrida, o filho dos recorrentes, à época com oito anos, ao mastigar o produto, encontrou uma aliança no recheio de um dos biscoitos, cuspiendo-a antes de engolir.

Sentença: julgou procedente o pedido, condenando a recorrida ao pagamento de compensação no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Acórdão: em apelação interposta pela recorrida, o TJ/RS deu provimento ao recurso para afastar a ocorrência de danos morais no evento descrito acima, em julgamento assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRODUTO ALIMENTÍCIO. ALIANÇA ENCONTRADA EM BISCOITO RECHEADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. LEGITIMIDADE ATIVA DOS ADQUIRENTES DO PRODUTO.

O autor adquirente do produto tem legitimidade para postular reparação de danos relativos à sua inadequação.

CORPO ESTRANHO MASTIGADO MAS NÃO ENGOLIDO PELO MENOR, FILHO DOS AUTORES. INGESTÃO INOCORRENTE. MERO RISCO POTENCIAL À SAÚDE. DANO CONCRETO INDEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.

“Ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável” (trecho da ementa do Acórdão do AgRg no AREsp 445. 386/SP). No

caso concreto, o filho dos autores não engoliu o corpo estranho. Do evento não advieram consequências significativas. Sentença reformada. APELO PROVIDO.

Embargos de declaração: opostos pelos recorrentes, foram rejeitados pelo TJ/RS.

Recurso especial: alega violação ao art. 12 do CDC e sustenta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

Relatados os fatos, decide-se.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrializado, é necessária sua ingestão ou se o simples fato de levar tal resíduo à boca é suficiente para a configuração do dano moral *in re ipsa*.

I Da violação ao art. 12 do CDC

A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que há dano moral na hipótese em que o produto de gênero alimentício é consumido, ainda que parcialmente, em condições impróprias, especialmente quando apresenta situação de insalubridade oferecedora de risco à saúde ou à incolumidade física. Por exemplo, veja-se o seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE CONTENDO CORPO ESTRANHO EM SEU CONTEÚDO. NÃO INGESTÃO. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARREJAR RISCOS AO CONSUMIDOR. OFENSA AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA. ARTIGOS ANALISADOS: 4º, 8º, 12 e 18, CDC e 2º, Lei 11.346/2006.

1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20/04/2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 10/06/2013.
2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo.
3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.
5. Recurso especial não provido.
(REsp 1424304/SP, Terceira Turma, julgado em 11/03/2014, DJE 19/05/2014)

Nas hipóteses em que há ingestão do produto em condições impróprias, conforme salientei no julgamento do REsp nº 1.252.307/PR (Terceira Turma, DJE 08/08/2012), “o sentimento de repugnância, nojo, repulsa que [...] poderá se repetir toda vez que se estiver diante do mesmo produto” dá ensejo a “um abalo moral passível de compensação pecuniária”.

De fato, grande parte do dano psíquico advém do fato de que a sensação de ojeriza “se protraí no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa” (REsp nº 1.239.060/MG, Terceira Turma, 18/05/2011).

Na hipótese dos autos, contudo, há a peculiaridade de não ter havido ingestão, ainda que parcial, do produto contaminado. É certo que, conforme estabelecido no acórdão recorrido, o corpo estranho – um anel indevidamente contido em uma bolacha recheada – esteve prestes a ser engolido pelo filho dos recorrentes, sendo cuspidos no último instante.

Apesar da divergência jurisprudencial no âmbito desta Corte e com todo o respeito à posição contrária, parece ser o entendimento mais justo e adequado à legislação consumerista aquela que dispensa a ingestão, mesmo que parcial, do corpo estranho indevidamente presente nos alimentos.

Isso porque, com base no CDC, a doutrina explica que “são considerados **vícios** as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor” (Rizzatto Nunes. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2012, p. 229).

Por outro lado, um produto ou serviço apresentará **defeito** de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de criar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.

A insegurança, portanto, é um vício de qualidade que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia e que transcende a simples frustração de expectativas. Daí a denominação de “fato do produto e do serviço” trazida pelo CDC, pois se tem um vício qualificado pela insegurança que emana do produto/serviço.

Na lição de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2ª ed., 2006, p. 261):

“A teoria da qualidade [...] bifurcar-se-ia, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e de qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveria vícios de qualidade por inadequação (art. 18 e ss.) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17). O CDC não menciona os vícios por insegurança, e sim a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e a noção de defeito; esta terminologia nova, porém, é muito didática, ajudando na interpretação do novo sistema de responsabilidade.”

É necessário, assim, indagar se a hipótese dos autos alberga um mero vício (de qualidade por inadequação, art. 18, CDC) ou, em verdade, um defeito/fato do produto (vício de qualidade por insegurança, art. 12, CDC).

A sistemática implementada pelo CDC protege o consumidor contra produtos que coloquem em risco sua segurança e, por conseguinte, sua saúde, integridade física, psíquica etc. Segundo o art. 8º do CDC “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. Existe, portanto, um dever legal, imposto ao fornecedor, de evitar que a saúde ou segurança do consumidor sejam colocadas sob risco.

Desse dever legal decorre a responsabilidade do fornecedor de “reparar o dano causado ao consumidor por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos” (art. 12, CDC).

Segundo o CDC, “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...), levando-se em consideração (...) o uso e os riscos” razoavelmente esperados (art. 12, § 1º, II, CDC). Em outras palavras, há defeito – e, portanto, fato do produto – quando oferecido risco dele não esperado, segundo o senso comum e sua própria finalidade. Assim, a hipótese não é de mero vício (o qual, como visto, não congrega um fato extrínseco; na espécie, consubstanciado no risco oferecido).

O CDC é paradigmático porque, “observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na ideia de garantia implícita do sistema da *common law* (*implied warranty*). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que dele se espera. Há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores”. (MARQUES, C.; BENJAMIN, A.; e MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2ª ed., 2006, p. 258).

É indubitável que o corpo estranho contido no recheio de um biscoito expôs o consumidor a risco, na medida em que, levando-o à boca por estar encoberto pelo produto adquirido, sujeitou-se à ocorrência de diversos tipos de dano, seja à sua saúde física, seja à sua integridade psíquica. **O consumidor foi, portanto, exposto a grave risco, o que torna *ipso facto* defeituoso o produto.**

De todo o exposto, deflui-se que o dano indenizável decorre do risco a que fora exposto o consumidor. Ainda que, na espécie, a potencialidade lesiva do dano não se equipare à hipótese de ingestão do produto contaminado (diferença que necessariamente repercutirá no valor da indenização), é certo que, conquanto reduzida, aquela também se faz presente na hipótese em julgamento.

II Dos danos morais

Segundo a jurisprudência desta Corte, pode-se definir dano moral como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade (REsp 1426710/RS, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016).

No mesmo sentido, a doutrina de Carlos Alberto BITTAR afirma que os danos morais são aqueles relativos “a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como entes sociais, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto”. (**Reparação civil por danos morais**. S. Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2015 p. 35). Sobre o tema, contudo, este Tribunal mantém posicionamento pacífico segundo o qual simples dissabores ou aborrecimentos são incapazes de causar danos morais, como é possível perceber no julgamento do REsp 202.564/RJ (Quarta Turma julgado em 02/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 220) e do REsp 1.426.710 (julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016).

A jurisprudência do STJ, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, conclui pela possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano.

Assim, em diversas oportunidades se deferiu indenização destinada a compensar dano moral diante da simples comprovação de ocorrência de conduta injusta e, portanto, danosa. Essa concepção também encontra raízes no valor da solidariedade social, albergado pela Constituição Republicana em seu art. 3º, inc. I. 28. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

“A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser

levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro. É o conceito dialético de ‘reconhecimento’ do outro”. (Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110-112)

Assim, uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto.

Não se ignora que, em situações semelhantes à hipótese em julgamento, o STJ eximiu os fornecedores do dever de indenizar o consumidor por não ter havido ingestão do produto com corpo estranho no interior de produto. Assim, no REsp 1.131.139/SP (Quarta Turma, DJe 01/12/2010), o produto oferecido à venda se encontra impróprio ao consumo, mas, antes de ser ingerido pelo consumidor, o vício foi detectado. Da mesma forma, no julgamento do AgRg no Ag 276.671/SP (Terceira Turma, DJ 08/05/2000), esta Corte afirmou que “a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela, a meu ver, o sofrimento descrito pelos recorrentes como capaz de ensejar indenização por danos morais”. Nesse mesmo sentido: REsp 747.396/DF, Quarta Turma, DJe 22/03/2010; AgInt no REsp 1597890/SP, Terceira Turma, DJe 14/10/2016.

Como exposto anteriormente, respeitando esse entendimento, divergimos de sua conclusão, por entender presente um risco potencial de dano à saúde e à integridade física e psíquica. Contudo, na hipótese dos autos, faz-se necessário considerar ainda uma outra peculiaridade: como foi relatado acima, o filho dos recorrentes levou o corpo estranho à boca, pois estava escondido no biscoito recheado, e esteve prestes a ingeri-lo. É evidente a exposição a risco nessas circunstâncias, o que necessariamente deve afastar a necessidade de ingestão para o reconhecimento da responsabilidade do fornecedor. Exigir que, para a necessidade de reparação, houvesse a necessidade que a criança deglutisse a aliança escondida no biscoito recheado, parece não haver respaldo na legislação consumerista.

Levando esse argumento ao limite, imagine-se uma situação que o corpo estranho envolvido não fosse uma aliança, mas uma barata ou um pedaço de rato. Há de se questionar se ainda seria exigido que os consumidores ingerissem, mesmo que parcialmente, tais corpos estranhos para a configuração do evidente dano moral que sofrem pelo mero fato de colocá-los em suas bocas.

Além disso, o simples “levar à boca” do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física e psíquica do consumidor que sua deglutição propriamente dita, pois desde este momento poderá haver contaminações e lesões de diversos tipos. Na hipótese dos autos, portanto, o risco ao consumidor manifestou-se de forma concreta e patente, sendo o consumidor merecedor de toda a proteção oferecida pelo CDC.

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para restabelecer a sentença de fls. 147-154 (e-STJ) e, assim, condenar a recorrida ao pagamento de compensação por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Incide sobre esse montante a correção monetária a partir da data da prolação da sentença, por força da Súmula 362/STJ, fluindo os juros moratórios a partir do evento danoso, à luz da Súmula 54/STJ.

Ficam os ônus sucumbenciais sob a responsabilidade do recorrido, fixando-se os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA - Número Registro: 2016/0327418-5 **PROCESSO ELETRÔNICO: REsp 1.644.405** / RS Números Origem: 00026378420128210084 01397031420158217000 03130817420168217000 08411200010497 11200010497 70064543259 70069809184 70071028872 8411200010497 EM MESA JULGADO: 09/11/2017 **Relatora** Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI** Presidente da Sessão Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE** Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. **JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA** Secretária Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO - RECORRENTE: PAULO RICARDO PEREIRA DE ALMEIDA RECORRENTE: SIMONE BEATRIZ OLIVEIRA ALMEIDA - ADVOGADO : KARINE KWIATKOWSKI SANTOS - RS076163 - RECORRIDO: GERMANI ALIMENTOS LTDA - ADVOGADOS: NILTON BECK MURADÁS JUNIOR - RS074439 JOSE VICENTE FILIPON SIECZKOWSKI - RS023007

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor - Indenização por Dano Moral **CERTIDÃO** - Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso

Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente) e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.”²

2 Caso

Trata-se de ação indenizatória pleiteada por consumidor, uma criança, representada pelos pais, em face de fábrica de alimentos, na qual, ao tentar consumir um biscoito recheado, colocando-o em sua boca, encontrou em seu recheio uma aliança, objeto estranho ao alimento, que poderia ter causado dano físico concreto e lesão a saúde de quem o estava consumindo, acaso tivesse sido ingerido pelo infante.

A sentença de primeiro grau julgou o pedido procedente, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais), sendo reformada pelo julgamento do recurso de apelação do TJ/RS, no qual entendeu que em virtude da ausência de ingestão, houve um mero risco potencial à saúde, afastando assim, o dever indenizatório.

Em Recurso Especial, a Min. Nancy Andrighi reconheceu como devido o dever de indenizar diante da exposição ao risco concreto de lesão à saúde e segurança do consumidor, ainda que ausente a ingestão. O dano fere o direito fundamental à uma alimentação adequada e segura, princípio inserto à dignidade da pessoa humana.

O principal destaque da decisão encontra-se no entendimento de que a mera aquisição de produto alimentício, no qual contém em seu interior corpo estranho e expõe o consumidor aos riscos que poderiam causar, seria suficiente ao dar direito à reparação por dano moral, independentemente se houve o “levar a boca” ou a ingestão do mesmo, sendo estas observações, referente ao grau de contato com o objeto, somente para avaliar o tamanho do dano causado ao consumidor.

3 Comentários

O Código de Defesa do Consumidor no seu Art. 8^º³ determina que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não devem acarretar em risco à segurança e saúde dos consumidores, salvo àqueles previsíveis ao qual, ainda assim, deve o fornecedor especificar em sua embalagem quais são os

² Os grifos apresentados no Acórdão são reprodução dos originais.

³ CDC Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

riscos. A Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), considera que, para o desenvolvimento social e econômico de uma população, se faz necessária a segurança alimentar para todos os indivíduos, que só acontece quando todas as pessoas têm acesso econômico à alimentos suficientes, inócuos e nutritivos, suficientes para levar uma vida ativa e sadia.⁴ Quando há aquisição de um produto alimentício, como um pacote de biscoito recheado, espera-se que em seu interior, contenha unicamente o alimento que se deseje consumir, e não que seja encontrado uma aliança ou qualquer outro objeto, sólido ou não, em seu interior.

O já citado **Art. 8º do CDC, fala da proteção à saúde e segurança do consumidor**, enquanto que o Art. 12⁵ do mesmo diploma, apresenta a quem deve ser imputada a responsabilidade pelos danos causados por fato de produto ou serviço, trazendo consigo um conjunto de responsáveis desde o fabricante ao distribuidor do produto, sendo considerado defeituoso quando não oferecer a segurança que dele se espera.

O corpo estranho encontrado em um alimento, foge daquilo que poderia ser considerável previsível. Para o jurista Leonardo de Medeiros⁶, deve ocorrer uma avaliação nos casos concretos, para verificar se o risco era normal e previsível, observando ainda, a expectativa do consumidor quando do consumo do produto, a ser visto de forma objetiva (se havia a existência previsível de periculosidade, ex: Faca, cigarro, bebida alcoólica) e subjetiva (se o consumidor tinha condições de prever o perigo, ex: Azeitonas com caroço), algo impossível de se prever ao consumir um pacote de biscoitos.

O fato de se ter encontrado um produto sólido e ter sido colocado na boca por uma criança, demonstra alto risco de danos a integridade física ao consumidor, pois poderia ter havido a quebra de um dente, engasgo ou danos no sistema digestório pelo objeto sólido, o que, por intervenção imediata dos pais, felizmente não ocorreu. Inexistindo dano físico direto ao consumidor, a experiência gerou abalos psicológicos suscetíveis de indenização por danos morais. Nas palavras da Min. Andrighi, extraídas do julgado: “o sentimento de repugnância, nojo, repulsa que [...] poderá se repetir toda vez que se estiver diante do mesmo produto” dá ensejo a “um abalo moral passível de compensação pecuniária”. Em que pese a

⁴GERMANO, P. M. L., BOANOVA, A. B., & GERMANO, M. I. S. (2009). Direito do consumidor: larva em bombom gera indenização por danos morais. *Revista De Direito Sanitário*, 10(2), p. 166-182. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v10i2p166-182> Acesso em: 29 jul. 2021.

⁵CDC Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

⁶GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 13ª Ed. Rev., Ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 146-147

ocorrência do “levar a boca” ocorrido no julgado, em seu inteiro teor, a relatora considera que “o simples “levar à boca” do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita”.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça anterior ao do julgado analisado vinha-se em sua maioria, pela necessidade da ingestão do alimento para que pudesse ocasionar o dever da reparação moral ao consumidor, como dito pela relatora, ao fazer remissão ao REsp nº 1.252.307/PR (Terceira Turma, DJe 08/08/2012) e confirmar a existência de divergência jurisprudencial dentro da própria Corte, afirmando que “parece ser o entendimento mais justo e adequado à legislação consumerista aquela que dispensa a ingestão, mesmo que parcial, do corpo estranho indevidamente presente nos alimentos”, visto o risco exposto ao consumidor.

Para a Relatora, o produto adquirido trouxe vício em sua qualidade, por tornar o alimento impróprio ao consumo e com defeito grave em sua segurança, expondo o consumidor ao risco, enquanto que o fato de “levar a boca” é apenas uma outra peculiaridade do caso concreto analisado. Sendo a insegurança, um vício do produto que se agrega pelo descumprimento do fornecedor de garantir a saúde e segurança do consumidor. Cláudia de Lima Marques⁷, entende que a garantia da segurança do produto, deve ser interpretada como reflexo do princípio geral de proteção da confiança do consumidor, enfatizando que o produto deva trazer consigo a segurança de que dele legitimamente se espera⁸. Fazendo assim, com que o alimento ao surpreender o consumidor com um objeto estranho, alheio ao que nele habitualmente contém, apresente falha na segurança legitimamente esperada.

Do ilícito ocorrido, podemos observar a incidência de três momentos a serem analisados: (i) A aquisição do produto; (ii) O levar a boca; (iii) A ingestão do produto. Sendo os três fatores, determinantes para o julgador apurar o grau de dano causado ao consumidor. Enquanto que no primeiro momento o fato do produto causa o dano atrelado ao risco exposto, nos demais casos, há o contato direto com o corpo estranho, que pode causar danos graves à saúde do consumidor, como engasgos e até mesmo o óbito⁹.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça ainda é divergente. A 4ª turma entende que há a necessidade de consumo do corpo estranho para causar

⁷ MARQUES. Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.405

⁸ CDC Art. 12 § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

⁹ TJ-PE - APL: 4249341 PE, Relator: Mauro Alencar De Barros, Data de Julgamento: 15/09/2017, 2ª Câmara Extraordinária Criminal, Data de Publicação: 21/09/2017

o dano, podendo ser por ingestão parcial¹⁰. Já a 3ª turma, entende que basta a distribuição e comercialização do produto, com a exposição do consumidor ao risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, para gerar o dever de indenizar¹¹. Em pesquisa jurisprudencial das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco¹², foram encontrados 17 julgados desfavoráveis ao dever de indenizar em virtude da ausência de ingestão do produto e outros 11 julgados em que foi reconhecido o dano moral, sendo 7 decorrentes da ingestão do alimento e 4 com a mera e constatação do produto impróprio ao consumo, conforme tabela apresentada ao final deste artigo.

A lesão moral, firma-se na experiência, o dissabor, o trauma e as lembranças que ficarão na memória do consumidor, e que, em se tornar notícia pública através de periódicos jornalísticos¹³, podem trazer um dano à coletividade. Destarte, o Código de Defesa do Consumidor trouxe em seu parágrafo único do Art. 2º¹⁴ e no Art. 17¹⁵, o conceito de consumidor por equiparação, protegidos pelos danos causados por fato do produto, como vítimas dos eventos previstos entre os Arts. 12 e 16, bem como o dever de reparar pelos danos patrimoniais e morais, individuais, difusos e coletivos,¹⁶ causados pelos fornecedores.

O dano causado ao consumidor coletivo, apresenta-se intrínseco no risco de repetição do evento danoso, como na clássica recomendação de “*bater o sapato para saber se há escorpião dentro*”, transmitida verbalmente entre gerações. Fazendo com que a coletividade, passe a suspeitar da reiteração do ato, por imaginar a experiência que o indivíduo passou ao sofrer o incidente, causando sentimentos negativos pela possibilidade de padecer do mesmo dano, chegando até a evitar o consumo daquele produto e/ou marca até que o dissabor seja esquecido.

A exemplo dos malgrados ocorridos, em 2018 e em 2019 na cidade do Recife, houve o relato de algumas pessoas que encontraram um rato morto em

¹⁰ AgRg no AREsp 489030/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/04/2015 e AgInt no AREsp 1299401/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 12/02/2019.

¹¹ REsp 1828026/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/09/2019 (Info 656) e o caso em análise.

¹² <http://www.tjpe.jus.br/consulta/jurisprudencia/tjpe>. Acesso em: 27 jul. 2021.

¹³ MACEDO, fausto. STJ manda indústria indenizar por aliança no recheio do biscoito. **ESTADÃO**, 24 abr. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stj-manda-industria-indenizar-por-alianca-em-biscoito/> Acesso em: 29 de jul. 2021.

¹⁴ CDC Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁵ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

¹⁶ CDC Art. 6º [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

coletividade²¹. Para o jurista Medeiros Neto²², na configuração do dano moral coletivo deve haver a existência de conduta jurídica ativa ou omissa, ofensa a interesse jurídicos fundamentais de natureza extrapatrimonial, intolerabilidade da ilicitude e o nexo causal. O que podem ser plenamente observados nos casos comentados neste estudo, configurando assim, o dano coletivo causado pela desidiosa dos fornecedores, em exposição do consumidor ao risco concreto de lesão à sua Saúde e Segurança. Já para Bruno Miragem²³, ainda não há um consenso quanto ao fato caracterizador do dano moral coletivo, previsto no CDC, podendo ser por ato que atinge toda a sociedade de forma indistinta ou pela soma de vários danos individuais ocorridos, como por exemplo, no caso das cervejas contaminadas no Estado de Minas Gerais²⁴.

Desta forma, podemos perceber que o dever de indenizar por fato do produto, se tratando de gênero alimentício, na hipótese em que é encontrado corpo estranho, alheio ao que dele se espera, e expõe o consumidor ao risco concreto de lesão a sua saúde e segurança, ainda é matéria embrionária e divergente na jurisprudência dos tribunais estaduais e superiores, inexistindo entendimento pacificado do momento em que configura a lesão ao consumidor, salvo com a ocorrência da ingestão completa, em que os casos foram unânimes.

Concluimos que o julgado analisado, se encontra no mais avançado entendimento, em confluência com o sentimento de protecionismo e defesa que a legislação oferece ao consumidor, reprovando os atos dos fornecedores pela exposição do consumidor ao risco de lesão a sua saúde e segurança, imputando-lhes o dever reparatório ao consumidor lesado, no qual aguardamos que futuros julgados, possam seguir do mesmo entendimento e consolidar o dever de indenizar pelo risco exposto.

²¹ STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL. **Jurisprudência em teses**, Brasília, ed. nº 125, p.1-5, maio 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512>. Acesso em 30 jul. 2021.

²² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **O dano moral coletivo e o valor da sua reparação**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 288-304, out./dez. 2012.

²³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 229

²⁴ Muratori, MATHEUS. Backer produzia cerveja contaminada desde janeiro de 2019, diz Ministério da Agricultura. **Estado de Minas Gerais**, 05 ago. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/08/05/interna_gerais,1173224/backer-produzia-cerveja-contaminada-desde-janeiro-de-2019-diz-mapa.shtml. Acesso em: 28 jul. 2021.

TABELA JULGADOS TJPE		
IMPROCEDÊNCIA (17)	PROCEDÊNCIA (11)	
APL 4612904 APL 4946385 APL 5063763 APL 4883150 APL 5460119 APL 4403163 APL 4608013 APL 5312452 APL 3767431 APL 5045847 APL 5312452 APL 4612904 APL 4508990 APL 4172256 APL 4610877 APL 4508990 APL 2478819	COM INGESTÃO (7)	SEM INGESTÃO (4)
	APL 4916605 APL 2470686 APL 2210097 APL 05348430 APL 5095645 APL 4301146 APL 3105655	APL 3082957 APL 4043174 APL 5008113 APL 3117135

Referências

G1 PE. Fábrica de pipocas é interdita no Recife por problemas sanitários. **G1**, 01 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2018/10/01/fabrica-de-pipocas-e-interditada-no-recife-por-problemas-sanitarios.ghtml>. Acesso em: 16 jul. 2021.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo. 13ª Ed. Rev., Ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 146-147

GERMANO, P. M. L., BOANOVA, A. B., & GERMANO, M. I. S. (2009). Direito do consumidor: larva em bombom gera indenização por danos morais. *Revista De Direito Sanitário*, 10(2), p. 166-182. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v10i2p166-182>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MACEDO, fausto. STJ manda indústria indenizar por aliança no recheio do biscoito. *ESTADÃO*, 24 abr. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/stj-manda-industria-indenizar-por-alianca-em-biscoito/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

MARQUES. Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 288-304, out./dez. 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 229

Muratori, MATHEUS. Backer produzia cerveja contaminada desde janeiro de 2019, diz Ministério da Agricultura. *Estado de Minas Gerais*, 05 ago. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/08/05/interna_gerais,1173224/backer-produzia-cerveja-contaminada-desde-janeiro-de-2019-diz-mapa.shtml. Acesso em: 28 jul.

2021.

STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL. Jurisprudência em teses, Brasília, ed. nº 125, p.1-5, maio 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512>. Acesso em 30 jul. 2021.

TV JORNAL. Mais um caso de rato dentro de saco de pipoca é relatado no Recife. TVJORNAL, 30 out. 2018. Disponível em: <https://tvjornal.ne10.uol.com.br/por-dentro-com-cardinot/2019/07/23/novo-caso-homem-encontra-rato-dentro-de-pacote-de-pipoca-no-recife-173311>. Acesso em: 16 jul. 2021.

TV JORNAL. Novo caso: Homem encontra rato dentro de pacote de pipoca no Recife. TVJORNAL, 23 jun. 2019. Disponível em: <https://tvjornal.ne10.uol.com.br/por-dentro-com-cardinot/2019/07/23/novo-caso-homem-encontra-rato-dentro-de-pacote-de-pipoca-no-recife-173311>. Acesso em: 16 jul. 2021.

<http://www.tjpe.jus.br/consulta/jurisprudencia/tjpe>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CAPÍTULO 24

ARBITRAGEM E DIREITO DO CONSUMIDOR: UM PANORAMA DOS ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rodrigo Cristovão Duclerc Verçosa¹

Introdução

A aplicação da arbitragem tem ensejado debate no meio jurídico, havendo decisões em diversos sentidos, posições doutrinárias contrárias e a favor, dentre as quais serão objeto de análise apenas algumas decisões proferidas por órgãos do Superior Tribunal de Justiça, colhidas especificamente da pesquisa dos termos “arbitragem e Direito do Consumidor”.

O presente trabalho não pretende, e nem poderia, esgotar o tema se limitando a observar as 17 decisões pesquisadas com as palavras-chave supracitadas, extrair os principais argumentos utilizados pelos julgadores que tratem do tema objeto deste artigo.

Serão utilizados critérios quantitativos, contando quantas decisões são contrárias à aplicação do instituto arbitral, quando em situações de consumo, e quantas são favoráveis, critérios qualitativos, separando argumentos sobre arbitragem e relação de consumo.

1 Evolução histórica da arbitragem no Brasil

Encontrar consenso sobre quando haveria surgido a arbitragem é tema o qual este artigo não pretende esgotar, pois diversas são as teorias e que reclamam momentos distintos.²

¹ Formado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, advogado e Membro da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Uninassau. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem.

² JESUS Edgar A. de. **Arbitragem: questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Juaez de Oliveira, 2003. p. 9.

Conforme aponta o professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

Embora interessantes, não vamos nos preocupar com os primórdios da arbitragem. O que importa para nós é aqui no Brasil nesse campo (pelos efeitos que nos alcançaram) é o que aconteceu durante a Idade Média para os lados das cidades italianas à beira do Mediterrâneo e outras poucas no interior. Foi naquelas plagas que nasceu o direito comercial e, com ele, a justiça corporativa que é o fundamento da arbitragem com o sentido que ela tem hoje.³

No caso Brasileiro, Marcus Vinícius Rios Gonçalves afirma:

Antes da Lei nº 9.307, ela já existia no Brasil, mas era pouquíssimo utilizada, porque o laudo arbitral só se tornava eficaz depois de homologação pelo Poder Judiciário. Tratava-se, portanto, de uma arbitragem feita com a fiscalização do Judiciário, pois só a partir da homologação do laudo tornava-se título executivo extrajudicial.⁴

Com o advento da Lei de Arbitragem, em 1996, o método foi positivado, por fim, dando respaldo ao sistema alternativo e privado de resolução de demandas, que trouxe duas principais vantagens aos litigantes: a primeira é a confidencialidade e a segunda a possibilidade de escolha dos árbitros.

Conforme aponta Tarcísio Teixeira a arbitragem é “um método alternativo (ao Poder Judiciário) de solução de conflitos que tem sido utilizada como forma de resolver litígios entre pessoas”.⁵

Segundo, Humberto de Pinho e Marcelo Mazzola:

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (**árbitro**), que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito. Há aqui a figura da substitutividade, existindo a transferência do poder judiciário para o árbitro.⁶

Sobre o âmbito de sua aplicação, o professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ensina que a Lei da Arbitragem, lei 9.307/96, restringe-se ao campo dos

³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Os “segredos” da arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco)**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva 2017. p. 658

⁵ TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina e prática – São Paulo: Saraiva**, 2011. p. 313.

⁶ DE PINHO, Humberto Dalla Bernadina; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 48.

direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, àqueles de livre disposição pelo titular.⁷ É o que se extrai do art. 3º, a Lei da Arbitragem:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.⁸

Como se vê, dois requisitos se fazem necessários para instauração do procedimento: partes capazes e direitos disponível, sendo a capacidade das partes é regulada pelo art. 1 do Código Civil “Art. 1 o Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Sobre o tema, a professora Maria Helena Diniz , “para ser pessoa basta que o homem exista, e, para ser capaz, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.”⁹

O professor Mário Henrique Godoy, ensina que capacidade para o Direito Civil se divide em duas partes: capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito seria a possibilidade de o sujeito ser titular de direitos e obrigações, enquanto que a capacidade de fato se traduz em que o sujeito possa por si só exercer os direitos e obrigações.¹⁰

Segundo o professor Flávio Tartuce:

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos. É notório que existe ainda uma outra capacidade, aquela para exercer direitos, denominada como capacidade de fato ou de exercício, e que algumas pessoas não têm. São os incapazes, especificados pelos artigos 3º e 4º do CC/2002, e que receberão estudo em tópico próprio.¹¹

⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial, Teoria Geral das Sociedades.** – 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** – 28ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131.

¹⁰ GODOY, Mari Henrique Holanda. **Curso elementar de direito civil : parte geral.** Recife: Bagaço. 2017.

¹¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Portanto, sendo a parte capaz, tanto de direito quanto de fato, e podendo livremente dispor do direito objeto de um contrato, será permitida a utilização de arbitragem para resolver eventuais controvérsias envolvendo o referido pacto.

Resta então definir o que seriam direitos patrimoniais disponíveis. E sobre o tema, conceitua Luiz Antônio Scavone:

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade. Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos de personalidade, como direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros com a mesma natureza.¹²

Com tempo e amadurecimento, o debate doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicação do instituto arbitral ganhou novos horizontes. Por vezes, o direito discutido pode na verdade envolver questões que ultrapassam a mera individualidade do caso, envolvendo direitos constitucionalmente protegidos, direitos sociais e coletivos, principalmente em situações onde há presunção legal de desequilíbrio entre as partes.

Ao lado disso, a segurança jurídica e o próprio fim a que se destina o procedimento arbitral, ensejam maior cuidado na hora de realizar tais contratações, sendo prudente evitar a arbitragem no caso de dúvida, já que todo o trabalho pode posteriormente ser anulado pelo Poder Judiciário.

Algumas dessas situações vêm sendo positivadas, outras passaram a contar com respaldo jurisprudencial e doutrinário, havendo também críticas contundentes a ampliação da permissão a certas situações jurídicas.

O caso das falências e recuperações judiciais, por exemplo, onde, não havendo autorização legal, a jurisprudência reconhecia a possibilidade da arbitragem, situação inicialmente que não prevista pela Lei de Recuperação Judicial e Falências (LRF), Lei 11.101/05.

O Tribunal da Cidadania reconhecia a possibilidade de coexistência do tribunal arbitral e do procedimento tanto da recuperação judicial quanto da falência, cada qual respeitando o âmbito de sua competência. Como exemplo, cita-se decisão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA. INADIMPLEMENTO DE TÍTULOS DE CRÉDITO. CONTRATO COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INSTAURAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO ARBITRAL. DESNECESSIDADE.

¹² SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário. Material e Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25.

DEPÓSITO ELISIVO. EXTINÇÃO DO FEITO. DESCABIMENTO.

(...)

2. A pactuação de convenção de arbitragem possui força vinculante, mas não afasta, em definitivo, a jurisdição estatal, pois é perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes.

(...) Cortes nossos.¹³

A divergência foi finalmente resolvida com a edição da Lei 14.112/20, que alterou a LRF fazendo com que, o que já era permitido pela jurisprudência, passasse ter maior segurança jurídica¹⁴.

Ainda que reste claro que apenas direitos patrimoniais disponíveis poderão ser objeto de procedimento arbitral, algumas situações merecem melhor atenção, inclusive, por força da reconhecida eficácia horizontal dos direitos constitucionais.¹⁵

Por isso, nota-se que há situações onde ainda há uma zona cinzenta, onde a permissão do instrumento alternativo de resolução de conflitos seja analisada com cautela, posto que, situações constitucionalmente protegidas, podem ser posteriormente declaradas inconstitucionais, principalmente quando o próprio texto da carta magna, em seus artigos 5º, 170 e 48 dos Ato de Disposição Transitórias, além de tratados e outros dispositivos jurídicos, inicialmente ensejariam controvérsias, como será delimitado em apartado próprio.

Nesse sentido, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, passou a permitir a possibilidade da admissão de arbitragem envolvendo o setor público, desde que a lide trate de direitos patrimoniais disponíveis.¹⁶

Na ceara trabalhista, com o advento da Lei n. 13.467/2017, também passou a ser permitida a inclusão de cláusula arbitral em contratos de trabalhos cujo valor remuneratório seja maior ou igual ao dobro do limite máximo para os benefícios previdenciários do regime geral da previdência.¹⁷

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.733.685 - SP (2018/0076990-4), Recorrente: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA Recorrido: METALZUL INDÚSTRIA METALÚRGICA E COMÉRCIO LIMITADA. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 06/11/2018, Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 12/11/2018.

¹⁴ Brasil. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

¹⁵ NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

¹⁷ BRASIL, Lei nº 13.467/2017 LEI, de 13 de julho de 2017.

Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.¹⁸

Da análise dos citados dispositivos, nota-se que cada vez mais o legislador vem ampliando o âmbito de atuação das arbitragens para situações onde a capacidade das partes ou a disponibilidade do direito são constitucionalmente protegidas.

Relativamente ao Direito do Consumidor, o tema carece de análise mais aprofundada, isto porque o próprio Presidente Michel Temer, conhecido constitucionalista, vetou parte do Projeto de Lei 406, que alteraria Lei de Arbitragem, fazendo inicialmente constar expressamente a permissão da inclusão de cláusula arbitral em contratos de adesão em relações de consumo. O veto retirou tal possibilidade, novamente ficando em aberto a discussão sem base legal para o permissivo.

Em contrapartida, há julgados divergentes no Superior Tribunal de Justiça, permitindo a instauração de arbitragem em algumas situações peculiares que, em princípio, parece ser que majoritariamente o procedimento é permitido sempre levando-se em conta o interesse do consumidor, ainda que tenha firmado a cláusula.

Nesse sentido:

Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.¹⁹

Ressalvas, críticas e principalmente uma análise minuciosa desses julgados, atentando-se à particularidade de cada situação é necessária, uma vez que lidas as decisões sem aprofundamento e fora de contexto, podem levar à conclu-

¹⁸ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.189.050 - SP, Recorrente: Recorrido: Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 14/3/2016.

são de que a arbitragem em relação de consumo é cabível em qualquer hipótese o que parece não ser o caso.

A explicação encontra guarida no microsistema de proteção dos consumidores, legalmente presumidos hipossuficientes, protegidos constitucionalmente, na maior parte dos casos havendo de fato um desequilíbrio técnico, financeiro e jurídico entre os contratantes sendo um dever constitucional do estão o de efetivamente promover a proteção do consumidor através da lei.²⁰

Ao lado disso, a arbitragem é um procedimento custoso que, por vezes, transpõe fronteiras nacionais, sendo muitas vezes contratados com árbitros experts em matérias específicas, confidencialidade dos procedimentos, utilização de regras processuais e materiais distintas a cada procedimento, podem envolver entes de países diferentes, normas internacionais, regulamentos de câmaras, possuindo amplo grau de natureza contratual, onde as partes procuram discutir cada minucia do procedimento, sendo melhor aplicado em causas de grande complexidade, onde as partes estejam numa situação de equilíbrio.

Contra o consumidor, que provavelmente firmaria uma cláusula arbitral de adesão, outro princípio poria em cheque sua aplicação: o princípio da KOMPETENZ-KOMPETENZ, que diz que é do tribunal arbitral o poder de decidir sobre a validade da cláusula ou compromisso arbitral, o que em tese pode se chocar com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, havendo julgados que tem afastado o princípio quando houver cláusulas declaradas patológicas, nulas, invalidando o procedimento arbitral.²¹

Para o STJ: “É entendimento assente na jurisprudência desta Corte que a cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal. Incidência da Súmula 83 do STJ.”²²

Conforme o artigo 3º da Lei da Arbitragem

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.²³

²⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5, XXXII.

²¹ CABRAL, Júllia Maria Neiva. Afastamento da cláusula arbitral e do princípio do Kompetenz-Kompetenz em face de violação ao princípio da autonomia da vontade: análise do posicionamento do STJ no REsp nº 1.550. 260/RS.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.096.912 / SP. Recorrente: R A B Recorrido: C P S, C S T DA I E, P T E D D L, L M DE A, C J M DE A. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, 1 de março de 2016. Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 27/02/2018.

²³ BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Para que seja instituído o procedimento arbitral é necessário um acordo entre as partes, acordo esse que possui requisitos, sendo o principal deles, que seja o pacto seja instrumentalizado por escrito em cláusula arbitral ou compromisso arbitral, que nada mais são que contratos acessórios a outro contrato principal.

A diferença entre os dois é basicamente o momento de sua instituição, se antes ou depois do surgimento da questão controversada.

Ilustra Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa²⁴:

Como vimos, nos termos da lei, a cláusula compromissória é a convenção pela qual a as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Trata-se de um contrato dentro de outro ou paralelo a ele.

Prossegue o autor acerca do compromisso arbitral:

Ainda que as partes não hajam previamente estabelecido cláusulas de arbitragem nos seus contratos, nada impede que no momento do surgimento de uma questão durante a execução das obrigações ali estabelecidas e não sendo possível superá-las por meio de um entendimento direto, as partes resolvam instituir uma arbitragem superveniente.²⁵

Há certa divergência sobre se seria ou não a arbitragem uma espécie de jurisdição, questão que segundo Fredie Didier Junior, teria sido resolvida com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, fazendo constar em seu art. 3, §1º que a arbitragem é permitida na forma da lei.

Para o autor:

Esse parágrafo possui dois propósitos, um ostensivo e outro simbólico. Ostensivamente, serve para deixar claro que o processo arbitral se submete a um microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária. Do ponto de vista simbólico, relaciona a arbitragem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a evitar discussões sobre se a escolha pelo juízo arbitral, com a impossibilidade de discussão do mérito da sentença arbitral, é proibida constitucionalmente. A possibilidade de submissão da questão à arbitragem é, assim, vista também como forma de concretizar

²⁴ Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. Os “segredos” da arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco) / Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

²⁵ Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. Os “segredos” da arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco) / Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante.²⁶

A controvérsia sobre a natureza jurídica da arbitragem segue presente. Alguns autores defendem que esta teria natureza meramente contratual, posto que as partes possuam poderes bastante amplos para escolher as regras a serem aplicadas ao procedimento, bem como se teria natureza jurisdicional, posto que, uma vez elegido o caminho, e como relatado no parágrafo anterior, substituiria o Poder Judiciário no tocante ao julgamento da controvérsia, tratando de regras procedimentais.

Sobre o tema, a professora Selma Lemes conclui pela natureza híbrida do instituto, possuindo tanto características de contrato, como de jurisdição.

Defluem das considerações acima expendidas ser mais acertado definir a natureza jurídica da arbitragem como híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional, o que nos autoriza invocar os mesmos princípios jurídicos e corolários informadores do processo judicial, a fim de que se garanta a tutela jurídica efetiva.²⁷

Diante de todo o exposto, há de se ressaltar que a segurança jurídica é um conceito caro a todos e definir quando determinado direito pode ou não ser tutelado por procedimento arbitral é questão primordial, o que faz concluir que na dúvida é melhor evitar a arbitragem. haja vista que o instituto serve justamente para dar efetividade, celeridade e segurança à solução de controvérsias.²⁸

2 A arbitragem e a proteção constitucional do Direito do Consumidor

A Constituição Federal de 1988 consagra direitos de várias gerações, sendo que alguns deles transcendem a mera individualidade, como a proteção aos consumidores, podendo ser citados tanto o artigo 5º, XXXII, que coloca a proteção ao consumidor como uma obrigação do estado, quando o art. 170, V, que trata da ordem econômica, colocando como um de seus pilares a proteção dos

²⁶ Didier, Fredie. **A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil (VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DEP. PAULO TEIXEIRA)**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 ago. 2021.

²⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal vol. 115, p 441/468, jul./set., 1992. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176007/1/000469652.pdf>. Acesso em 14 ago. 2021.

²⁸ MENDES, Lucas V. R. da C.; MUNIZ, Joaquim da Paiva. **Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p. 7.

consumidores, dentre outros.²⁹

Sob a nova ótica de efetividade constitucional, esta passou a ser tida como pilar fundamental, a qual deve ser observada e cumprida por todos e da qual derivam todos os demais instrumentos normativos, não podendo ser ignorada como outrora foi, quando de muito pouco servia.

O ministro Luis Roberto Barroso, em 2006, já tratava do tema:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.³⁰

Sobre o tema, aponta Pedro Lenza:

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para a proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois cadentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.³¹

De todo o exposto, vemos que as normas constitucionais possuem um poder que deve nortear todos os demais ramos do direito, através da qual o operador do direito deve observar a legislação, isto quando a situação não estiver abarcada nas normas de eficácia plena, avaliação tricotômica criada pelo brilhante professor José Afonso da Silva³².

²⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁰ NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Barroso, Luiz Roberto. Disponível em < https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acessado em 15 de ago de 2021, às 21:55.

³¹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1102.

³² DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editôra Revista dos Tribunais, 1982.

Segundo a festejada professora Cláudia Lima Marques:

Em resumo, estão certos aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Assim, temos hoje uma força interpretativa da menção constitucional ao consumidor, isto é, o direito privado não pode ser interpretado “contra” o – e sim, sempre a favor do – sujeito de direitos identificado pela Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e uma “força normativa” imposta a estes poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. E outras palavras, a Constituição seria a garantia (de existência e de proibição de retrocesso) e o limite (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores incluindo a defesa do consumidor como princípio geral!³³

Ainda sobre o tema, assevera Fábio Ulhoa Coelho

O Consumidor não pode, pelo contrato, ter limitado ou suprimido direito que a lei lhe assegura. Ainda que o contrato represente a clara e consciente vontade do consumidor, ao tempo da realização do ato de consumo, de renunciar a direito assegurado em lei, ele continua a titularizá-lo e pode exercê-lo independentemente do constante contrato.³⁴

Podemos assim destacar, de todos os argumentos expostos que, ao permitir de modo indiscriminado, temos em jogo os seguintes aspectos: proteção constitucional do consumidor, obrigação do Estado em promovê-los, interesse do consumidor, segurança jurídica, competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência, inafastabilidade da jurisdição, presunção de hipossuficiência consumerista, enfraquecimento da proteção constitucional do consumidor, possível abusividade das cláusulas arbitrais, opção do consumidor pela atuação estatal se sobrepondo aos pactos arbitrais e, por fim, instabilidade do procedimento arbitral.

³³ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos, MARQUES, Cláudia Lima e Leonardo Roscoe Bessa. Manual de Direito do Consumidor – 9 ed. – São Paulo : Revista dos Tribunais 2020. p. 44.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3 : direito de empresa**. 14 ed. – São Paulo. Saraiva, 2013. p. 221

3 Panorama dos acórdãos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiram sobre direito do consumidor e arbitragem

Para apresentar um algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema central do presente artigo, foi realizada pesquisa de jurisprudência no site do tribunal com as palavras-chave em conjunto “arbitragem e direito do consumidor”. Foram encontrados 17 acórdãos.

Especificamente, serão analisados os seguintes recursos: Recurso Especial nº 1.854.483/GO, julgado em 08.09.2020, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.192.648/GO, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.152.469 / GO, Recurso Especial 1.628.819 / MG, Recurso Especial 1.602.076 / SP, Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial 860.025 / GO, Recurso Especial 1189050 / SP, Recurso Especial 1.296.944 / RJ, Recurso Especial 1.334.843 / DF, Recurso Especial 1.275.859 / DF, Recurso Especial 1.169.841 / RJ, Recurso Especial nº 710.385 / RJ, SEC 507 / GB, Recurso Especial 653.733 / RJ, Recurso Especial 628.806 / DF, Recurso Especial 238.174 / SP e Recurso Especial 140.097 / SP.

Nesse cenário, nos propusemos a analisar os seguintes aspectos: em quantos foi reconhecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nestes, em quais foi considerada válida a cláusula arbitral e em quais ela foi afastada.

Com base nessa análise, elencaremos os principais argumentos para a validade ou afastamento da cláusula arbitral pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dos recursos citados, não tratam do tema os recursos: Recurso Especial nº 710.385 / RJ, O Recurso Especial 628.806 / DF, Recurso Especial 238.174 / SP, Recurso Especial 140.097 / SP.

No Recurso Especial 1.602.076 / SP, não reconheceu relação de consumo entre as partes por tratar de contrato de franquia.

O Recurso Especial 1.296.944 / RJ trata de arbitragem esportiva, não sendo o tema do presente artigo, assim como o Recurso Especial 1.334.843 / DF e o Recurso Especial 1.275.859 / DF, tratam de lide entre a Anatel e a Tim Celular e a GVT, não havendo que se falar em relação de consumo.

A Sentença Estrangeira Contestada SEC 507 / GB não analisa o mérito do direito material discutido no caso em virtude das regras que regem a homologação de decisões judiciais estrangeiras, mesmo que se tratem de decisões arbitrais, se limitar à constatação dos requisitos formais de validade e eficácia em nosso ordenamento.

Por sua vez o Recurso Especial 653.733 / RJ trata de caso envolvendo contratos de construção de navios, extinguindo o feito por entender não haveria hipossuficiência no contrato discutido nos autos, nem mesmo relação de consumo, sendo possível para a controvérsia discutida a instauração de procedimento arbitral.

Ressalte-se que a maior parte observa a atuação do consumidor em aderir ou não à arbitragem, em outras palavras, ainda que o consumidor tenha aderido à cláusula arbitral, se ele não tiver a iniciativa de instaurar o procedimento arbitral ou se, instado, o questionar judicialmente, o instrumento arbitral será considerado nulo.

Com isso, adentra-se à colheita dos argumentos dos demais recursos que tratam, ainda que indiretamente da aplicação da arbitragem às relações de consumo.

O Recurso Especial 1.854.483 / GO, cuja recorrente foi uma empresa fornecedora, extrai-se:

A validade da cláusula compromissória, em contrato de adesão caracterizado por relação de consumo, está condicionada à efetiva concordância do consumidor no momento da instauração do litígio entre as partes, consolidando-se o entendimento de que o ajuizamento, por ele, de ação perante o Poder Judiciário caracteriza a sua discordância em submeter-se ao Juízo Arbitral, não podendo prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização.

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.192.648/GO, utilizou o seguinte argumento:

O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso a legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso.

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.152.469 / GO, parece repetir a mesma linha argumentativa da seguinte forma:

A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes.

Por sua vez, o Recurso Especial 1.628.819 / MG, estabelece:

O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre

as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

No Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial 860.025 / GO, coincide com julgados anteriores que se pronunciaram positivamente sobre a decisão do consumidor em aderir ao procedimento arbitral:

Além disso, registra não haver falar em violação do art.51, VII, do CDC, uma vez que a instituição da arbitragem não foi compulsória, já que o recorrente aceitou sua disposição de forma livre ao apor sua assinatura em campo específico. Portanto, a reforma do aresto, nestes aspectos, demanda inegável necessidade de interpretação de cláusula contratual e re-exame do acervo fático-probatório soberanamente delineado perante as instâncias ordinárias, providências inviáveis de serem adotadas em sede de recurso especial, ante os óbices das Súmulas 5/STJ e 7/STJ.

O Recurso Especial 1.189.050 / SP segue a seguinte argumentação:

Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura a presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

O Recurso Especial 1.169.841 / RJ trata de aplicação da arbitragem aos contratos de financiamento imobiliário e do Código de Defesa do consumidor, destacando-se os seguintes argumentos:

2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.

Pode-se constatar que, com relação ao pequeno universo analisado, os órgãos julgadores seguem observando a atitude do consumidor quanto à instauração do procedimento arbitral e, quando permitida a cláusula arbitral, o tribunal apenas reconhece a validade da cláusula quando afastada a vulnerabilidade, se tratando de consumidores diferenciados, ou empresas especializadas, observando sempre a vontade do consumidor independente de haver ou não firmado cláusula, aderido ao procedimento arbitral, bastando com que acione o poder judiciário, havendo apenas um julgado diferente.

Conclusão

Numa análise superficial das decisões ora especificadas, é de se notar que o Superior Tribunal de Justiça vêm permitindo a aplicação do instituto arbitral às relações de consumo, fazendo-se a ressalva de que se o consumidor se opor, mesmo havendo consentido expressamente com a cláusula ou compromisso arbitral, o tribunal da cidadania se vincula à decisão ao consumidor, anulando o procedimento arbitral.

Da presente análise pode-se notar uma dissonância entre a doutrina e as decisões ora analisadas, concluindo mais uma vez que a vontade do consumidor é respeitada pelo STJ, em todas as ocasiões, bastando a propositura de ação para anulação do procedimento arbitral.

Ao lado disso, o pequeno número de decisões aqui analisadas e a superficialidade de um pequeno artigo, são insuficientes para se chegar a uma conclusão robusta do posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

É sabido que, em geral, nas relações privadas o que não é proibido é permitido, porém quando entram em jogo interesses transindividuais, constitucionalmente protegidos, é necessária uma análise com maior profundidade sobre as causas e nuances do caso concreto, por exemplo, consumidores de bens de alto valor, costumeiramente são assessorados por especialistas e advogados, bens em que o valor possa justificar o caríssimo procedimento arbitral, diferentemente do que ocorre com a maioria dos contratos de consumo, feitos por pessoas físicas, que não possuem conhecimentos técnicos e nem disponibilidade financeira de arcar com o procedimento arbitral.

O tema é de suma importância haja vista haver uma tendência de “fuga do judiciário”, expansão de métodos alternativos de resolução de conflito, como a arbitragem, sendo mais indicados para os casos de consumo em geral a mediação ou conciliação, onde a decisão é feita também pelo consumidor.

Há carência de trabalhos acadêmicos sobre o tema, haja vista que procedimentos arbitrais normalmente envolvem contratos de grande vulto, realizado em situação de paridade, por vezes contratos internacionais, havendo pouca matéria para estudos mais conclusivos, não sendo escopo do presente artigo

mais que analisa algumas decisões específicas do STJ.

Referências

JESUS Edgar A. de. **Arbitragem: questionamentos e perspectivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Os “segredos” da arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco)**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva 2017.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina e prática**. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernadina; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. Saraiva Educação SA, 2021.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial, Teoria Geral das Sociedades** 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. - 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, Mari Henrique Holanda. **Curso elementar de direito civil: parte geral**. Recife : Bagaço. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário. Material e Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.733.685 - SP (2018/0076990-4), Recorrente: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA Recorrido: METALZUL INDÚSTRIA METALÚRGICA E COMÉRCIO LIMITADA. Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 06/11/2018, Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 12/11/2018.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2007. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

BRASIL, Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho de 2017.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma, Recurso Especial nº 1.189.050 - SP, Recorrente: Recorrido: Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 14/3/2016.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5, XXXII.

CABRAL, Júlia Maria Neiva. Afastamento da cláusula arbitral e do princípio do Kompetenz-Kompetenz em face de violação ao princípio da autonomia da vontade: análise do posicionamento do STJ no REsp nº 1.550.260/RS.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.096.912 / SP. Recorrente: R A B Recorrido: C P S, C S T DA I E, P T E D D L, L M DE A, C J M DE A. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Brasília, 1 de março de 2016. Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico (DJe) 27/02/2018.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os “segredos” da arbitragem: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco) / Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa - São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER, Fredie. A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DEP. PAULO TEIXEIRA). Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didierjunior.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 ago 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal vol. 115, p 441/468, jul./set., 1992. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176007/1/000469652.pdf>. Acesso em 14 ago. 2021.

MENDES, Lucas V. R. da C.; MUNIZ, Joaquim da Paiva. **Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados**. 2. ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p. 7.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), Barroso, Luiz Roberto. Disponível em https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017,

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editôra Revista dos Tribunais, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos, MARQUES, Cláudia Lima e Leonardo Roscoe Bessa. **Manual de Direito do Consumidor** – 9 ed. – São Paulo : Revista dos Tribunais 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, vol. 3, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



Comissão
de Defesa
do Consumidor

ESA



CAAPE

+ SERVIÇOS
PARA VOCÊ



FASA
Gráfica