



A PÓS-PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

CRISTINA STRINGARI PASQUAL
ORGANIZADORA

**A PÓS-PANDEMIA E SEUS REFLEXOS
NO DIREITO DO CONSUMIDOR**

**Organizadora:
CRISTINA STRINGARI PASQUAL**

**Fundação Escola Superior do Ministério
Público do Rio Grande do Sul**

CONSELHO ADMINISTRATIVO

Presidente

Fábio Roque Sbardello

Vice-Presidente

Luciano de Faria Brasil

Secretário

Gilberto Thums

Representante Do Corpo Docente

Alexandre Lipp João

FACULDADE DE DIREITO

Diretor

Gilberto Thums

Coordenador do Curso de Graduação

Mauro Luis Silva de Souza

Coordenador do Curso de Mestrado

Anizio Pires Gavião Filho

EDITORA DA FMP

Diretor

Gilberto Thums

Vice-Diretor

Fábio Roque Sbardello

Conselho Editorial

Ana Carolina da Costa e Fonseca

Anizio Pires Gavião Filho

Bianca Pazzini

Carla Carrion Frós

Fábio Roque Sbardello

Francisco José Borges Motta

Gilberto Thums

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Renata Maria Dotta

DIAGRAMAÇÃO

Niura Fernanda Souza

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

Bibliotecária Responsável: Cristini Fernandes Borth Klippel - CRB 10/2649

A645

A pós pandemia e o reflexo nos direitos do consumidor [recurso eletrônico] / organizadora: Cristina Stringari Pasqual – Porto Alegre: Editora da FMP, 2022.

Recurso online 178 p.

ISBN 978-65-89997-32-0

1. Pandemia. 2. Direito do consumidor. I. Pasqual, Cristina Stringari. V. Título.

CDU: 347.451.031

Sumário

Apresentação.....	4
Exclusão e limitação da responsabilidade em contratos farmacêuticos no contexto da pandemia covid-19	9
<i>Mafalda Miranda Barbosa</i>	
O coronavírus como elemento propulsor do processo de digitalização no setor bancário: uma discussão sobre a vulnerabilidade do consumidor nas contratações virtuais no âmbito do sistema financeiro nacional	51
<i>Thaise Maria Neves Duarte Pacheco</i>	
Assédio para o consumo e crédito consignado: perspectivas e desafios para a sociedade pós-pandêmica.....	68
<i>Thiago Schlottfeldt Nascimento Da Cas</i>	
A Lei n. 14.046/2020, seus reflexos no Direito do Consumidor e as perspectivas sobre o cumprimento dos contratos envolvendo os setores de cultura, turismo e eventos no período pós-pandemia.....	87
<i>Ana Paula Carvalho Salomone</i>	
A pandemia da covid-19 e as consequências ao consumidor de serviços de transportes aéreos.....	110
<i>Amanda Büttendbender Medeiros</i>	
A responsabilidade civil pelos riscos de desenvolvimento e a vacinação contra a covid-19 no Brasil	126
<i>Arthur Künzel Salomão e Luiza Severnini Sima</i>	
As alterações materiais da Lei n. 14.181/2021 ao Código de Defesa do Consumidor.....	143
<i>Marcio Pasqualli Afonso</i>	
Alteração do índice de correção monetária e as revisões contratuais pós-pandemia.....	166
<i>Arthur Künzel Salomão e Eduardo Corso</i>	

Apresentação

Os anos de 2020 e 2021 ficarão marcados para toda a humanidade. Foram anos de muita angústia e preocupação. Anos em que o medo da doença e da perda de vidas fez com que muitos ficassem reclusos, afastados não só de seus afetos, do convívio social tão necessário e, em muitos casos, afastado de suas atividades profissionais.

No Brasil a situação não foi diferente. Muitas perdas e uma repercussão negativa à economia inquestionável, o que fez com que o Governo federal adotasse medidas para auxílio da população, assim como buscasse outras medidas para evitar a quebra de empresas prestadoras de serviços de grande valia à sociedade.

No âmbito do consumo, como seria de esperar, houve uma retração em diversos setores, seja por aspectos puramente econômicos, ou como consequência de medidas impostas pelo Poder Público, mas ao mesmo tempo, alguns setores, como exemplificativamente, o da venda *on line*, se desenvolveram intensamente.

Na esfera jurídica facilmente identificou-se uma proliferação de Medidas Provisórias, Decretos e legislações ordinárias no intuito de salvaguardar interesses dos mais variados setores da sociedade, surgindo na esfera do Direito do Consumidor algumas leis que trouxeram repercussões importantes ao interesse dos consumidores.

Foi identificando esta realidade que o grupo de pesquisa A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental, vinculado ao Programa de Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público, por mim coordenado, dedicou o ano de 2021 à análise das novas leis que trouxeram importantes mudanças à tutela do consumidor no Brasil, assim como das novas discussões travadas no âmbito dos Tribunais nacionais.

Das pesquisas realizadas pelos participantes do grupo, resultaram trabalhos muito interessantes, os quais trouxeram em evidência

as principais mudanças que a pandemia acabou gerando ao Direito do Consumidor. Os textos nesta obra contidos demonstram claramente as repercussões positivas e negativas dos efeitos econômicos da COVID-19 na proteção do vulnerável no mercado de consumo.

Como resultado de todo o trabalho apresento hoje este ebook o qual tenho a honra de coordenar. São trabalhos de dedicados pesquisadores que durante todo o ano de 2021 desenvolveram temas muito interessantes.

A obra tem como trabalho de abertura o excelente ensaio desenvolvido pela professora da Universidade de Coimbra – Portugal, Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa. A professora colaborou na pesquisa do grupo com uma palestra a qual transformou no artigo aqui publicado. Desenvolve a Doutora Mafalda um tema de relevância mundial, dissertando sobre a exclusão e limitação da responsabilidade nos contratos firmados com as farmacêuticas fornecedoras das vacinas contra a *covid-19*, trazendo à tona importantes reflexões quanto a proteção do consumidor perante as empresas farmacêuticas e nos levando a perceber o quão importante é avaliar a responsabilidade delas perante os consumidores a partir da introdução de tais produtos no mercado.

Na sequência temos trabalhos desenvolvidos por oito pesquisadores participantes do nosso grupo. Os mestres Thaise Maria Neves Duarte Pacheco, Thiago Schlottfeldt Nascimento Da Cas, Ana Paula Carvalho Salomone, Amanda Büttendbender Medeiros e Arthur Künzel Salomão; os mestrandos Luiza Severnini Sima e Márcio Pasqualli Afonso e, o graduando Eduardo Corso.

Thaise Maria Neves Duarte Pacheco desenvolve o tema das contratações virtuais no âmbito do sistema financeiro nacional e o papel do coronavírus como grande propulsor do processo de digitalização bancária. Destaca a autora que o aumento das contratações *online* decorrentes das medidas impostas para o distanciamento social também atingiu os bancos, acelerando a digitalização bancária que já vinha se formatando há algum tempo. Examina então a pesquisa-

dora os benefícios e desafios desta digitalização frente aos direitos dos consumidores, pondo em destaque a vulnerabilidade agravada do consumidor frente à contratação digital e a necessidade de adoção de práticas que garantam o respeito à legislação de consumo.

Thiago Schlottfeldt Nascimento Da Cas traz à baila uma contratação que muito se fez presente durante a pandemia: o crédito consignado. Salienta o pesquisador que muitas vezes tal contratação pode ser resultado de um verdadeiro assédio ao consumo, que faz com que os consumidores cada vez adquiram mais produtos e serviços, tendo assim de buscar acesso ao crédito para o cumprimento de suas obrigações. Assim, põe o autor em discussão as perspectivas e desafios que a fase pós-pandêmica trará frente os inúmeros contratos de crédito consignados constituídos.

Ana Paula Carvalho Salomone volta-se para a análise da Lei n. 14.046/2020 que estabeleceu regras para o setor de turismo e eventos tão afetados no período da pandemia. Analise a autora os reflexos de tal normativa no Direito do Consumidor e as perspectivas sobre o cumprimento dos contratos envolvendo os setores de cultura, turismo e eventos no período pós-pandemia.

Amanda Büttenbender Medeiros traz um interessante estudo em torno da atual regulamentação do transporte aéreo a qual sofreu importante alteração em virtude dos efeitos da pandemia no setor. Destaca inicialmente que com o avanço da pandemia da Covid-19 e as restrições impostas pelo Governo a demanda por voos domésticos e internacional apresentaram redução considerável, o que fez com que fosse editada Medida Provisória objetivando minimizar os prejuízos patrimoniais gerados às empresas. Tal medida converteu-se na Lei nº 14.034/2020 a qual estabeleceu regras de reembolso, como de concessão de crédito do valor de passagens adquiridas para voos a serem realizados entre o período de 19 de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021, ou ainda de oferta ao consumidor, sempre que possível, de acomodação em outro voo, próprio ou de terceiros. Destaca a autora em seu trabalho as repercussões negativas que a legis-

lação trouxe aos direitos dos consumidores, salientando que apesar de inequivocamente a tutela dos interesses das empresas aéreas ser importante para a economia e da mesma forma para o transporte dos consumidores, acabaram as alternativas trazidas pela normativa indo ao encontro de direitos básicos constantes do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

A análise sobre as repercussões jurídicas da adoção do sistema de vacinação contra a COVID-19 no Brasil e a responsabilidade civil por danos futuros resultantes do chamado risco de desenvolvimento foi o tema escolhido pelos pesquisadores Arthur Künzel Salomão e Luiza Severnini Sima. Desenvolvem os autores a questão envolvendo o denominado risco de desenvolvimento e analisam a legislação brasileira resultante das exigências impostas pelas empresas farmacêuticas para fornecerem os imunizantes ao país.

Márcio Pasqualli Afonso desenvolveu um tema que atualmente ocupa posição de destaque no direito do consumidor brasileiro. Trata-se da recente legislação aprovada, Lei nº 14.181/2021, a qual trouxe inclusões de regras importantes ao Código de Defesa do Consumidor, pois dispõe sobre a prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor. Tal legislação teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, mas as dificuldades econômicas que atingiram os consumidores durante a pandemia acabaram por impulsionar a aprovação da lei que, como destaca o autor em seu ensaio, impôs novas regras que em muito complementam a disciplina direcionada as relações de consumo no Brasil.

Por fim, um tema também que muito se discutiu desde o início da pandemia no Brasil foi a questão da majoração excessiva e imprevisível que certos índices de correção monetária sofreram em nosso país como consequência das dificuldades econômicas geradas pela pandemia. Tal tema vem enfrentado pelos pesquisadores Arthur Künzel Salomão e Eduardo Corso, os quais analisam não só os fundamentos para a construção dos índices, como também os posicionamentos dos tribunais frente a matéria.

Como se poderá verificar da leitura deste livro, apesar de ser inequívoco que situações imprevisíveis sempre impactaram e continuarão a impactar a sociedade de consumo, os efeitos deixados pela pandemia foram os mais intensos identificados desde a entrada em vigor do microsistema consumerista. Sendo assim imperioso que o intérprete ao se deparar com lides de consumo resultantes da herança deixada pela pandemia aplique as normas com muita cautela, para assim propiciar decisões que não derroguem direitos tão importantes reconhecidos pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Exclusão e limitação da responsabilidade em contratos farmacêuticos no contexto da pandemia covid-19¹

Mafalda Miranda Barbosa²

1 Introdução

Uma das muitas questões que a pandemia covid-19 suscitou foi a da (in)validade das cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade que supostamente teriam sido apostas aos contratos de aquisição de vacinas.

A adequada compreensão do problema requer, estamos em crer, mais do que um simples exercício de rememoração das condições gerais de validade de tais cláusulas.

Exige, na verdade, que se compreenda, primeiro, ainda que de forma necessariamente simplificada, em que termos pode a farmacêutica ser responsabilizada no contexto da pandemia de covid-19.

Só assim estaremos em condições de formular um juízo seguro acerca do valor jurídico de tais estipulações.

¹ O texto que agora se publica serviu de base às conferências proferidas no colóquio *A pandemia de covid-19 e o direito dos contratos*, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra (linha de investigação Contrato e Desenvolvimento Social), no dia 17 de junho de 2021, e evento do Grupo de Pesquisa A proteção do Consumidor como Direito Fundamental, do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da FMP, sobre o tema: “Vacinas Covid: Responsabilidade das Farmacêuticas ou sua Exclusão?”, no dia 01 de junho de 2021.

² Univ Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/ University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249

2 A eventual responsabilidade da farmacêutica-produtora

O artigo 1º DL nº383/89 vem estabelecer que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, entendendo-se por produtor o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (artigo 2º, nº1).

De acordo com o nº2 do artigo 2º, é também considerado produtor aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior produto para venda, aluguer, locação financeira, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como qualquer fornecedor do produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, uma vez notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses a identidade de um ou outro ou a de algum fornecedor precedente.

Não se duvida, por isso, que as farmacêuticas responsáveis pelo desenvolvimento das vacinas covid-19 podem ser, para estes efeitos, tidas como produtoras.

Atendendo, porém, à profusão de vacinas atualmente existentes no mercado, importa sublinhar que as dificuldades aumentam se estiver em causa uma vacina fabricada fora da União Europeia: é o caso das vacinas produzidas no Reino Unido (depois do Brexit), nos EUA, na Rússia, na China.

Não se encontrando tais produtores vinculados pelas normas comunitárias da responsabilidade do produtor e inexistindo um sujeito que importe o bem no exercício da sua atividade comercial, porquanto as vacinas sejam compradas pelos próprios Estados, enfrentar-se-ão, necessariamente, problemas respeitantes ao direito internacional privado e à aplicação das leis no espaço.

Seja como for, podemos dar como certo – pelo menos do ponto de vista teórico – que a farmacêutica é, efetivamente, um produtor para estes efeitos.

Do mesmo modo, a vacina deve ser tida como um produto. Este surge definido, nos termos do artigo 3º/1 DL nº383/89, como qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel.

O produtor será responsável a partir do momento em que coloque o produto em circulação. Como explica Calvão da Silva, “trata-se da entrega material do produto a outra pessoa pelo produtor, ou, e dito de outro modo, “o produto é posto em circulação no momento em que o produtor, consciente e voluntariamente, o lança no tráfico para comercialização. O produtor tem de entender que o seu produto está em condições de entrar no circuito de distribuição e essa entrada se verificar com o seu conhecimento e vontade”³.

Mas não basta que o produto entre no mercado. A responsabilidade só poderá emergir se o produto for defeituoso. Ora, reside aqui um dos nódulos problemáticos da disciplina da responsabilidade do produtor e, concretamente no que respeita ao domínio farmacêutico, da responsabilidade das farmacêuticas.

O defeito de que se cura tem uma abrangência muito mais ampla do que aquela com que nos confrontamos ao nível da linguagem corrente ou no quadro de outros regimes privatísticos. Na verdade, o produto tem-se por defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita⁴ e o momento da sua entrada em circulação⁵, nos termos do artigo 4º. A defeituosidade liga-se, assim, a

³ J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1999, 669 s.

⁴ Sublinha Calvão da Silva que o produtor é responsável pelo uso erróneo ou incorreto, desde que razoavelmente previsível. Como exemplo, refere-se ao lápis que não deve conter substâncias tóxicas, porque pode ser levado à boca – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 644.

⁵ Consoante esclarece Calvão da Silva, a existência de avanços tecnológicos não significa que produtos anteriormente postos em circulação devam ser considerados inseguros. É o que sucede a um automóvel que não tenha sistema de travagem ABS ou *airbags*, tendo sido colocado em circulação quando tal tecnologia era inexistente – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 645, nota 2. Repare-se, contudo, que este aspeto não se confunde com os chamados riscos de desenvolvimento: nestes, o produto era defeituoso no momento da colocação no mercado, embora o estado da ciência e da arte não permitisse detetá-lo.

uma ideia de segurança do produto e não à aptidão do produto para a realização do fim a que se destina⁶, questionando-se qual o grau de segurança a ter em conta, para se responder que não se procura uma segurança absoluta, mas tão-só a segurança com que se possa contar, não de acordo com as expectativas subjetivas do lesado, mas de acordo com as expectativas objetivas do homem médio, naquele setor de atividade⁷. Nessa medida, podemos ser confrontados com defeitos de conceção, de fabrico, de informação⁸ e de desenvolvimento.

Contudo, o produtor não será responsável por estes últimos. Nos termos do artigo 5º, o produtor não é responsável se provar que a) não pôs o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação⁹; c) que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objetivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua atividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com as normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito; f) que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à conceção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo.

Deparamo-nos, assim, com diversas questões.

Em primeiro lugar, quando é que um produto farmacológico pode ser considerado seguro? Em segundo lugar, atendendo espe-

⁶ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 634. Segundo explicita o autor, estamos diante de dois domínios diversos. Pensemos, por exemplo, na máquina que não trabalha, mas que não apresenta qualquer falta de segurança para quem a utiliza. Cf., ainda, no mesmo sentido K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 1, *Besonderer Teil*, 13. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1986, 81 s.

⁷ Cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 636.

⁸ A falta de informação, a falta de instrução adequada, a falta de menção das contraindicações pode ser suficiente para se considerar um produto defeituoso.

⁹ Segundo esclarece Calvão da Silva, não se exige a prova positiva da inexistência do defeito, mas apenas a prova negativa da probabilidade ou razoabilidade da sua não existência – cf. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 735.

cificamente às vacinas covid-19, num quadro de absoluta incerteza científica, poderá responsabilizar-se a farmacêutica pelo defeito que se venha a revelar ou estaremos no domínio de um defeito de desenvolvimento?

Em terceiro lugar, o facto de a introdução do medicamento no mercado ter de ser precedida por uma autorização administrativa por parte da Autoridade Europeia do Medicamento será de molde a afastar a responsabilidade da farmacêutica que coloca o produtor no mercado?

In fine, colocar-se-ão óbvias dificuldades em matéria de estabelecimento do nexos de causalidade, não só pelo facto de termos de fazer dialogar a esfera de responsabilidade da farmacêutica com a esfera de responsabilidade dos Estados e da entidade responsável pela introdução do produto no mercado, como também pelo facto de mergulharmos num domínio caracterizado pela incerteza científica.

Tentemos, pois, dar resposta a cada uma destas questões.

a) A segurança do produto farmacológico

Como concluímos anteriormente, o produto defeituoso é o produto não seguro. Contudo, a segurança que se pretende alcançar não pode ser absoluta. Se o produto defeituoso é aquele que não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, então os riscos inerentes a um dado bem não fazem dele um produto defeituoso se e na medida em que o seu destinatário não puder razoavelmente contar com um grau de segurança superior.

Os índices de defeituosidade não podem, contudo, ser aferidos com base nas expectativas subjetivas, ainda que coletivas ou, pelo menos, generalizadas. A perceção acerca da segurança ou insegurança do produto deve basear-se nas características do próprio produto, designadamente na apresentação, na utilização que dele razoavelmente possa ser feita, no momento da sua entrada em circulação e nas informações que sobre ele sejam prestadas. Significa isto que,

se o laboratório farmacêutico não alerta os sujeitos para os riscos inerentes à utilização da vacina ou não alerta para a inexistência de certezas acerca da segurança do produto, ele – só por isso – deve ser considerado defeituoso. É que, de facto, como também se sublinhou, os defeitos em questão não são apenas defeitos de concepção e de fabrico, mas também defeitos de informação, donde deve ser cumprido um dever de esclarecimento acerca da possibilidade de ocorrência de eventos adversos não conhecidos, por força do carácter experimental ou quase experimental das vacinas em questão.

Repare-se, ademais, que, ao tratarmos de produtos farmacêuticos, a noção de segurança torna-se ainda mais relativa, por lhe serem inerentes os efeitos secundários. A autorização de introdução do produto no mercado deverá basear-se numa rigorosa ponderação entre riscos e benefícios¹⁰, tendo em conta as patologias a que o medicamento se destina. Em face de uma vacina ainda experimental, a adequada ponderação a que se alude não pode ser senão provisória.

Estes aspetos terão de ser necessariamente sublinhados pela farmacêutica, impedida de transmitir uma imagem de maior segurança do que aquela que pode assegurar.

b) O risco de desenvolvimento

O facto de o estado da ciência não permitir detetar a falta de segurança no momento da colocação do produto no mercado não significa que o defeito não exista. Estamos longe das situações em que, posteriormente à entrada em circulação do produto, surge um produto análogo com um grau de segurança superior. Se numa hipótese como essa o defeito poderia, de facto, não ser detetável, o que estamos agora a considerar é diverso: a vacina não é segura *ab initio*, mas ainda não foi detetada essa falta de segurança.

¹⁰ Esta deverá, depois, ser repetida por referência ao caso concreto, no momento da prescrição do medicamento pelo médico. Em rigor, aliás, o médico não tem de se ater às indicações fornecidas pela farmacêutica, podendo prescrever *off-label*, com todos os problemas que daí resultem.

Ora, se assim for, embora o defeito exista, confrontamo-nos com outra dificuldade, se quisermos responsabilizar a farmacêutica. É que – como bem sabemos – o produtor não responde, nos termos do artigo 5º, pelos riscos do desenvolvimento: exclui-se a responsabilidade sempre que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito.

A exclusão da responsabilidade com base no risco de desenvolvimento deve, porém, ser compreendida de forma hábil. De facto, do que se trata é de afastar o dever de indemnizar quando, em face dos conhecimentos disponíveis à época, o produtor não poderia saber que o produto não era seguro. Acontece que, nas situações *sub iudice*, as farmacêuticas – podendo não estar cientes dos riscos que a vacina envolve – terão de estar, não obstante, cientes da existência de riscos ocultos, que só não são antecipadamente detetados pela falta de tempo necessário para a realizar de testes científicos e para uma investigação não apressada. Não há, por isso, assimilação da intencionalidade do problema pela intencionalidade predicativa da exclusão prevista no artigo 5º nas hipóteses de omissão de alerta relativamente a riscos desconhecidos ou relativamente à incerteza e insegurança do produto.

c) A autorização de introdução do produto no mercado.

Outros problemas colocam-se pelo facto de a introdução do produto no mercado ficar dependente de uma autorização prévia em termos administrativos.

Ao nível europeu, vigora o Regulamento (CE) nº 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e que institui uma Agência Europeia de Medicamentos. Nos termos do artigo 3º, nenhum medicamento constante do anexo ao regulamento pode ser introduzido no mercado comunitário sem que a Comunidade tenha

concedido uma autorização de introdução no mercado. Esta autorização é concedida depois de um processo mais ou menos complexo e rigoroso. Contudo, também aqui o controlo é essencialmente administrativo, o que significa que, apesar da confiança que se induz e dos riscos que se reduzem, não há uma garantia absoluta da inocuidade do medicamento. A autorização de introdução do medicamento no mercado, em si mesma, não é suficiente para garantir, por parte da entidade produtora, o cumprimento da obrigação de colocar apenas produtos seguros no mercado; nem é garantia de que o estado dos conhecimentos da ciência e a técnica não permitia detetar um eventual defeito do produto. O dado é relevante para evidenciar que a obtenção da licença não afasta, por si, a eventual responsabilidade da farmacêutica.

Já anteriormente, Viney e Jourdain sublinharam que, sempre que uma atividade esteja sujeita a uma prévia autorização administrativa (v.g. fabrico, importação e venda de produtos farmacêuticos, organização de determinados espetáculos e certas competições desportivas, condução automóvel), os tribunais têm manifestado a vontade de limitar o efeito justificador das permissões, não afastando a responsabilidade do sujeito que atua negligentemente, ao mesmo tempo que chamam a atenção para o caráter incompleto das verificações administrativas¹¹.

¹¹ VINEY/Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 562 s.

O problema ganha outros contornos se em causa não estiver uma prévia autorização administrativa, mas o cumprimento de determinadas regras de segurança. Pense-se, por exemplo, nos problemas que se enfrentam no quadro da disciplina da obrigação geral de segurança (que, não obstante, não se aplica a produtos farmacêuticos), bem como no impacto que o cumprimento de dadas determinações de segurança pode ter ao nível do preenchimento dos requisitos da responsabilidade do produtor. Indaga-se, designadamente, em que medida pode ou não o produtor vir a ser responsabilizado pela colocação no mercado de um produto que assegure as especificações normativas de segurança. Do ponto de vista subjetivo, atenta a amplitude da noção de produto seguro com que somos confrontados ao nível do DL n.º69/2005, a responsabilidade pode, ainda assim, resultar da violação de deveres de acompanhamento do produto em momento subsequente ou do facto de a apresentação, embalagem, rotulagem, instruções, dos efeitos sobre outros produtos e das categorias de consumidores a que se destina não serem conciliáveis com um elevado grau de proteção; do ponto de vista

É certo que, no domínio específico em que nos movemos, não se coloca o problema da atuação negligente. Contudo, importa lembrar que a ponderação do risco vs. benefício é feita, pela autoridade competente, com base nos dados oferecidos pela própria farmacêutica, donde não se poderá nunca afastar por esta via o defeito de informação, do mesmo modo que não se afastará o defeito de fabrico e o próprio defeito de conceção.

Já quanto ao defeito de desenvolvimento, a necessária presença de riscos ocultos determina a não exclusão de responsabilidade.

Note-se, ademais, que, no caso concreto das vacinas covid, a autorização que permite a introdução no mercado é meramente provisória. Dito de outro modo, as vacinas em questão não estão licenciadas, existindo uma mera autorização de emergência, em face da situação pandémica que se vive.

objetivo, haveremos de considerar, nos termos do artigo 5º/d) DL nº383/89, que, ao mostrar-se o produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas, se excluir a responsabilidade do produtor.

A propósito da obrigação geral de segurança, tenha-se em conta a iminente alteração legislativa na matéria, fruto da necessidade de se contemplares os riscos próprios da nova realidade digital. Nesse sentido, cf. Resolução do Parlamento Europeu adotada em 23-1-2020, no que respeita aos processos de decisão automatizados, garantindo a proteção do consumidor e a livre circulação de produtos e serviços, reconhece que a emergência de produtos com capacidade de tomar decisões automatizadas coloca novos desafios, na medida em que tais produtos podem atuar de um modo que não estava previsto quando foram colocados no mercado, e solicita à Comissão Europeia, entre outras coisas, que adote propostas para adaptar as regras atinentes à obrigação geral de segurança a esses mesmos desafios; bem como o Livro Branco sobre a inteligência artificial (COM (2020) 65 final (19-2-2020)), reconhece que “a legislação da UE em matéria de segurança dos produtos centra-se essencialmente na colocação dos produtos no mercado. Embora na legislação da UE em matéria de segurança dos produtos o software, quando faz parte do produto final, deva cumprir as regras pertinentes em matéria de segurança dos produtos, é uma questão em aberto se o software autónomo é abrangido pela legislação da UE em matéria de segurança dos produtos, fora de alguns setores com regras explícitas. A legislação geral da UE em matéria de segurança atualmente em vigor aplica-se aos produtos e não aos serviços e, por conseguinte, não se aplica aos serviços baseados em tecnologia com IA (por exemplo, serviços de saúde, serviços financeiros, serviços de transporte)”. Impor-se-ia, por isso, alterações à obrigação geral de segurança, que já foram anunciadas pelas instâncias europeias. Veja-se, ainda, COM (2021) 205 final, *Coordinated plan on artificial intelligence 2021 review* (21-4-2021).

Este aspeto, se depõe no sentido do carácter incompleto das autorizações administrativas, coloca outro problema: poderá excluir-se a responsabilidade por via da invocação do estado de necessidade?

A resposta a esta indagação requer um desenvolvimento argumentativo que não é compaginável com a índole do trabalho que agora se apresenta. Limitamo-nos, por isso, a adiantar que, atentas as incertezas que rodeiam a vacinação, não será possível a um particular impô-la a outro, porque tal implicaria a imposição de uma eventual lesão de contornos indefinidos, não sendo possível balancear os dois direitos, por terem igual peso axiológico. Acresce que a colocação do produto no mercado não corresponde a uma imposição de consumo, donde a questão – ainda que obtendo uma resposta negativa – chama-nos a atenção para a eventual responsabilidade de outros sujeitos, tais como os médicos, o Estado e a própria entidade responsável pela autorização de introdução do produto no mercado.

d) O estabelecimento do nexo de causalidade

Algumas das ideias avançadas alertam-nos para a dificuldade de estabelecimento do nexo de causalidade, de modo a poder afirmar-se a responsabilidade civil das farmacêuticas.

Estas dificuldades resultam claras em três níveis:

i. Dificuldade em geral de estabelecimento do nexo de causalidade, sempre que se lide com produtos farmacêuticos

A este propósito e recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no Acórdão no processo C-621/15¹², foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se, numa situação em que não há um consenso científico, o juiz se pode ou não basear, a despeito da exigência de prova do dano, do defeito e do nexo causal pelo lesado, em indícios graves, precisos e concordantes para estabelecer a

¹² Cf. Comunicado de imprensa nº66/17

ligação que se exige entre um determinado produto e o resultado lesivo advindo. Em causa estava a administração de uma vacina, entre finais de 1998 e meados de 1999, contra a hepatite B, produzida pela Sanofi Pasteur. Em agosto de 1999, o senhor a quem tinha sido administrada começou a apresentar diversas perturbações, que levaram ao diagnóstico de esclerose múltipla, acabando por falecer em 2011. No quadro da ação proposta contra a Sanofi para obter uma indemnização, a *Cour d'Appel* de Paris considerou que não estaria provado o nexo de causalidade, por não haver consenso científico entre a vacinação contra a hepatite B e o aparecimento de esclerose múltipla. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal de Justiça da União Europeia, fazendo referência ao excelente estado de saúde anterior do lesado, à inexistência de antecedentes familiares e à relação temporal entre a vacinação e o aparecimento da doença, veio considerar que é compatível com a diretiva comunitária na matéria um regime probatório que, na falta de provas certas e irrefutáveis, permita ao juiz concluir pela existência de um defeito e do exigível nexo de causalidade. Basta que haja um conjunto de indícios que levem a considerar, com um grau suficientemente elevado de probabilidade, que essa conclusão corresponde à realidade. Tais indícios devem ser suficientemente graves e precisos, de molde a permitirem extrair as conclusões que se procuram. Mais considerou o Tribunal de Justiça da União Europeia que o legislador nacional não pode lançar mão de uma prova por presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo causal, quando estejam reunidos certos indícios predeterminados.

Em face do exposto, suscitam-se diversas dúvidas. Com efeito, o Tribunal de Justiça da União Europeia orienta-se pela ideia de (*elevado grau de*) probabilidade, não indo ao ponto de impor a prova certa e irrefutável, ao mesmo tempo que recusa a possibilidade de comprovação do requisito com apelo a uma presunção que leve a demonstrar automaticamente o nexo de causalidade. Portanto, haverá que, em primeiro lugar, perceber qual a probabilidade relevante para este efeito.

Tal não será, contudo, bastante: de facto, orientando-se a jurisprudência pelo critério da causalidade adequada, o centro nevrálgico da indagação é exatamente a probabilidade de que se fala. Simplesmente, a leitura atenta do acórdão em questão parece apontar para a ideia de que, ao invés de se recorrer ao juízo probabilístico próprio da adequação, se está a alijar o ónus probatório ao nível fáctico. Nessa medida, questiona-se se, afinal, não entra em cena um primeiro patamar de indagação causal, a identificar-se com uma noção de condicionalidade.

O busílis da questão está em saber o que entender por este nexo de causalidade. Tradicionalmente, a doutrina maioritária tem depositado no sentido de que ele se descobre com base na questão “é normal e provável (*adequado*) que de um comportamento do tipo do do lesante – no caso, *a colocação de um produto com aquele tipo de defeito em circulação* – resulte um dano daquele género?”. Tal indagação surgiria na sequência de uma prévia inquirição condicional, por meio da qual se procuravam afastar todos os comportamentos irrelevantes para o surgimento do dano – haveria de determinar se o dano teria surgido se não tivesse existido aquele defeito.

Porque a realidade não se nos oferece em termos determinísticos e continuamente lineares, a resposta que se pudesse obter para a questão da condicionalidade acabaria por ser oferecida, as mais das vezes, em termos probabilísticos. A aproximação entre os dois critérios de estabelecimento da causalidade passa, portanto, a ser notória, sem que, contudo, se confunda a sua intencionalidade¹³. Se a con-

¹³ Veja-se, a este propósito, WESTER-OUISSE, “Définition de la causalité dans les projets européens sur le droit de la responsabilité”, www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267962_vwesterouisse.pdf, 6, considerando que, no articulado em análise, a *conditio sine qua non* dá, em muitas situações, lugar à probabilidade, sendo consideradas pertinentes todas as causas que, de maneira provável, causaram ou contribuíram para causar o dano. No fundo, haveria uma aproximação à doutrina da causalidade adequada em casos como aqueles em que a) há múltiplas causas que isoladamente terão causado o dano; b) há múltiplas causas que, em conjunto, causaram o dano; c) há múltiplas putativas causas, não se sabendo qual delas causou efetivamente o dano; d) há muitas vítimas de uma atividade, a ser tratadas igualmente em termos de causa provável; e) há a contribuição causal da vítima. Para uma aproximação entre a doutrina da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada,

dicionalidade surge a depor no sentido de afastar comportamentos irrelevantes, a adequação pretenderia introduzir uma solução normativizada para o problema. Simplesmente, dependendo da perspetiva do observador que se assuma, assim chegaremos ou a uma formulação probabilística-estatística que não só quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade, como não nos permite avançar em relação ao resultado que se obtém com a *conditio*; ou a uma formulação que, porque baseada nos dados do conhecimento do agente concreto, nos aproxima da culpa, não permitindo dar uma resposta consistente para a indagação causal.

Em tudo isto, o que se deteta é uma predominância da probabilidade, a cumprir diversos papéis. Por um lado, ela é critério do juízo causal, por outro lado é índice probatório de determinação do *iter* conducente ao dano.

Percebe-se, portanto, que não existe um grande desvio entre as soluções a que chegamos no seio do nosso ordenamento jurídico e aquelas que são veiculadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. A referência ao elevado grau de probabilidade parece, claramente, apontar no sentido da determinação da concatenação ao nível factual. E, se ela nos desonera em certa medida, por não nos impor a prova certa e irrefutável, nem por isso afasta todos os nossos problemas.

cf. Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005, 163 e 171. Afirma a autora francesa que a teoria da causalidade adequada implica, também, um raciocínio contrafactual na medida em que leva a interrogar sobre o aumento da probabilidade do dano gerado por um antecedente. Ao mesmo tempo, explica que, “mesmo centrando-nos no concreto e individual, temos de recorrer, pela referência ao curso normal das coisas, às regras da experiência, às generalizações causais que pensávamos reservadas para a teoria da causalidade adequada. De facto, a lógica probabilística da teoria da adequação ressurgiu quando o carácter *sine qua non* da condição examinada não se impõe pela evidência”, ou seja, “o raciocínio contrafactual supõe que se represente aquilo que teria sido o curso provável dos eventos na ausência do fator considerado”, pelo que “a resposta à questão da *conditio sine qua non* não é dada senão em termos de probabilidade”.

Sobre o ponto, cf., também, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2017, 98 s.

Em primeiro lugar, haveremos de questionar qual o grau de probabilidade de que se cura. Exigir-se-á, apenas, uma probabilidade de 50% ou a elevada probabilidade implicará a presença de índices estatísticos superiores? Acresce que o facto de existir, por exemplo, uma probabilidade de 99% não garante que o facto efetivamente ocorrido não se situe no intervalo percentual remanescente, pelo que não se conseguirá determinar com certeza qual a causa natural do dano. Por outro lado, o critério probabilístico estatístico parece claudicar sempre que em causa esteja um comportamento omissivo ou qualquer outro que escape a uma lógica naturalística de regularidade causal. Ademais, o resultado que se obtém para a indagação variará consoante os termos de descrição dos eventos, mais ou menos pormenorizados, correndo-se o risco de termos de lidar com o que a doutrina designa, a propósito da causalidade adequada, por fórmula vazia. *In fine*, enfrentar-se-ão problemas sempre que a probabilidade estatística nos indicar mais do que um eventual efeito causador do dano, sem que nos ofereça, concomitantemente, a possibilidade de discernir com certeza sobre qual foi a verdadeira causa. No fundo, entramos aí no cerne do que vem conhecido por causalidade múltipla, com as suas *nuances* próprias, mais ou menos dilemáticas, que se agigantam nas hipóteses de causalidade alternativa incerta e justificaram, inclusivamente, no seio da responsabilidade do produtor, a teorização de critérios como o da *market share liability*¹⁴.

Não temos, porém, de ficar presos a este entendimento tradicional.

Metodologicamente, se toda a interpretação da norma faz apelo aos princípios que ela leva pressupostos, então o cumprimento das exigências de sentido comunicadas pelo direito – desvelável na ideia

¹⁴ Sobre a teoria e a sua inviabilidade no quadro do ordenamento jurídico português, quer porque, numa perspetiva, afronta a intencionalidade predicativa da juridicidade, quer porque, mesmo que surja normativizada de acordo com um ideal de justiça, quadra mal com os dados intrassistemáticos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Responsabilidade por danos em massa : reflexões em torno da *market-share liability*”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº10, 2016.

de liberdade e responsabilidade (no sentido da *role-responsability* colimada na pessoalidade) – só será logrado se e quando todas as categorias harmonicamente articuladas para fundar a sua procedência forem interpretadas, no cotejo com o caso concreto, tendo em consideração, não só as finalidades primárias desse ressarcimento, mas ainda a intencionalidade normativa dela. Na interpretação que se faça dos referidos requisitos, há que transcendê-los pela pressuposição da intencionalidade ético-axiológica daquele princípio da responsabilidade assente na pessoalidade. Assim, em relação à causalidade: mais do que ser vista como um problema normativo, há de ser recortada, entre outros aspetos, com base na ideia de pessoalidade livre em que se ancora toda a juridicidade. A leitura ético-axiológica do pressuposto delitual não pode, contudo, apagar do nosso referente dialógico as outras notas que, num nível menos rarefeito de compreensão delitual, concorrem para a caracterização do sistema. Nessa medida, importa não esquecer a ideia de comutação a que somos conduzidos pela análise da teleologia primária da responsabilidade civil. Se a finalidade precípua do instituto é a reparação dos danos, torna-se urgente considerar o resultado lesivo, sem o qual a indemnização não terá razão de ser. É ele que torna a causalidade imprescindível como requisito delitual: permite estabelecer a ponte entre a teleonomologia e a teleologia da responsabilidade civil. Ou dito de outro modo, é ela que evita o desenho puramente sancionatório do instituto, impondo que este apenas assimile a relevância do caso concreto quando e se o comportamento ilícito e culposo se projete num dano. Na verdade, não basta que se olhe para uma dimensão de validade. Qualquer critério jurídico há de ser perpassado por uma ideia de eficácia. Nessa medida, na busca dos contornos com que deve ser desenhada a causalidade, importa não obnubilar o dado ontológico envolvente. Será ele a chamar-nos a atenção quer para a complexidade causal, quer para o imbricamento condicional. Nesta medida, influenciará, numa dialética entretecida com o plano axiológico, a própria modelação da causalidade enquanto requisi-

to do direito delitual. O risco é, assim, chamado para o centro do discurso do decidente. O apelo à conformação societária como uma comunidade de risco serve menos para evidenciar a perigosidade de cada ato concreto – ou atividade encabeçada – do que para mostrar que, sendo aquele risco imanente ao *modus vivendi*, não será possível ajuizar causalmente abstraindo do contexto relacional de esferas que se cruzam. É, aliás, este o único recorte compaginável com a noção de ação em se estrutura o nosso delito.

Nas hipóteses de responsabilidade pelo risco, como aquela que estamos a contemplar a propósito da responsabilidade do produtor¹⁵, o risco cumpre, ainda, a função de fundamento da própria responsabilidade.

A mutação de perspectiva é possível a partir do momento em que olhamos para a responsabilidade do ponto de vista ético-axiológico e não apenas dogmático¹⁶. A própria ação, de onde se parte, deve ser vista como uma categoria onto-axiológica o que, no diálogo com a pressuposição do risco, nos permite inverter alguns dos aspetos tradicionais do problema. Assim, e desde logo, podemos afirmar que o filão fundamentador da imputação objetiva não pode deixar de se encontrar numa *esfera de risco que se assume*. Não basta contemplar a esfera de risco assumida pelo agente de uma forma atomística, desenraizada da tessitura antropológico-social e mundanal em que ele está inserido. Dito de outro modo, e relacionando-se isso com o pertinentemente aceite em matéria de definição da conduta juridicamente relevante, salienta-se aqui que, porque o referencial de sentido de que partimos é a pessoa humana, matizada pelo dialético encontro

¹⁵ A este propósito – e em geral acerca de toda a responsabilidade do produtor –, cf. Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, 503 s., considerando que se trata de uma responsabilidade objetiva. Em sentido contrário, sustentando que em causa está uma responsabilidade subjetiva, veja-se Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 692

¹⁶ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

entre o *eu*, componente da sua individualidade, e o *tu*, potenciador do desenvolvimento integral da sua personalidade, há que cotejá-la com a *esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros* que compõem teluricamente o horizonte de atuação daquele, e ainda com a *esfera de risco geral da vida*. Ao que, aliás, não será também estranho o facto de todo o problema vir enervado pela teleologia primária da responsabilidade delitual, ou seja, pelo escopo eminentemente reparador do instituto. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada, hipótese que ocorre, concretamente, no caso da responsabilidade objetiva; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialéctico de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade ate-

nuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o gérmen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo*.

No tocante à responsabilidade pelo risco, a esfera de risco é definida previamente pelo legislador, atento o modelo de tipicidade com que nos confrontamos, sendo encabeçada no momento em que o sujeito (pretensamente responsável) a assume.

Abre-se, posteriormente, o segundo patamar da indagação “causal”.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante,

criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos? O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuitiva, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propó-

sito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encaçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante.

O modelo cogitado para a causalidade, assim transmutada em imputação, continua a ser válido para a responsabilidade pelo risco. Pensemo-lo, então, por referência à responsabilidade do produtor. Ao colocar no mercado um determinado produto (defeituoso), o produtor assume uma esfera de risco, pelo que responderá, em regra, por todos os danos que possam ligar-se funcionalmente ao defeito detetado. Não se exige, para que a ligação se estabeleça, um qualquer grau de probabilidade bastante, contentando-nos antes com a mera possibilidade. Na verdade, a densificação da imputação que se começa, assim, a erigir será oferecida pelo cotejo entre esta esfera de risco com outras esferas de risco que com ela se confrontem.

Tal como no caso da responsabilidade subjetiva, a *esfera de risco geral da vida* conduz à exclusão da imputação quando a atividade em questão (a colocação do produto defeituoso no mercado), identificando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo.

A consideração da *esfera de risco do lesado*, por seu turno, levar-nos-á, igualmente, a ponderar a este nível o problema das predisposições constitucionais do lesado. Ao assumir uma atividade arriscada, o agente assume a responsabilidade pelos danos que se inscrevem na sua esfera de risco, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. Fundamental neste juízo – porque de uma responsabilidade alargada se trata – é considerar a própria intencionalidade da responsabilidade em questão. Ora, no caso da responsabilidade do produtor, a defeituosidade de que se parte implica a falta de segurança do produto, tendo em conta todas as circunstâncias, entre as quais a utilização que razoavelmente dele se faça, donde as predisposições constitucionais do lesado podem ser de molde a, se determinarem uma utilização não razoável do bem, excluir a imputação. Já não será esta a ponderação se o defeito não for afastado, mas o impacto que o produto tiver no lesado determinar uma lesão agravada. Nessa hipótese, parecem-nos ser mobilizáveis os critérios predispostos em geral para resolver a questão imputacional, a partir dos quais a responsabilidade pode ser excluída ou limitada.

É nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 7º/1 DL nº383/89, nos termos do qual, “quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para o dano, pode o tribunal, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”. Tal como por referência ao artigo 570º CC, a ideia de culpa não deve ser compreendida em sentido estrito, por não ser possível fazer recair um juízo de censura ético-jurídica sobre a própria pessoa, pelo que a simples

presença de uma predisposição constitucional não acompanhada dos deveres de cuidado em relação a si mesmo que deveriam ser adotados pode ser de molde a desencadear a consequência jurídica.

Finalmente, há que confrontar a esfera de risco do lesante com a *esfera de risco encabeçada por um terceiro*. Fundamental é, então, perceber em que medida o comportamento do terceiro é ou não livre, qual a amplitude do risco assumido pelo lesante e qual a gravidade do comportamento do terceiro. Ao contrário do que se sustentou durante largo tempo, a disciplina da responsabilidade civil do produtor abre-nos as portas para situações de concurso entre culpa e risco, afastando soluções radicais de exclusão da responsabilidade pelo risco, sempre que se verifique uma hipótese concorrente de culpa¹⁷.

ii. Dificuldades resultantes da confluência de variadas esferas de risco/responsabilidade

No contexto da introdução das vacinas covid-19, haveremos de considerar, a par da responsabilidade das farmacêuticas, a esfera de responsabilidade da autoridade responsável pela concessão da autorização de introdução no mercado, do Estado, naquelas hipóteses em que imponha a vacinação como obrigatória, e dos próprios médicos, sempre que violem, também eles, determinados deveres de aconselhamento relativamente ao produto médico em questão.

O confronto comparativo das esferas de risco/responsabilidade dos vários sujeitos permitirá concluir acerca da consunção de umas por outras ou da coexistência imputacional de várias, impondo-se formas de responsabilidade solidária. Trata-se de um juízo que apenas pode ser encetado em concreto, mas que nos abre as portas à afirmação da responsabilidade das farmacêuticas a este nível.

iii. Dificuldade resultante do absoluto desconhecimento científico

¹⁷ Cf. artigo 6º e 7º DL nº383/89

Embora não orientados por um critério de probabilidade, a recondução da lesão à esfera de risco assumida pelo produtor importará, necessariamente, a possibilidade da mesma, donde se enfrentarão problemas a este nível. Estes podem resultar quer de uma eventual conspiração de silêncio por parte dos profissionais do setor, quer da incompreensão acerca do carácter não linear da própria causalidade natural.

3 A eventual responsabilidade contratual

Se adequadamente concluímos que é possível responsabilizar delitualmente o laboratório farmacêutico, haveremos de considerar, ainda, a hipótese de uma eventual responsabilidade contratual. É certo que inexistente um contrato entre o produtor da vacina e o sujeito que, depois de aquela ter sido administrada, sofre uma lesão na sua integridade física ou na sua vida. Mas existe um contrato entre o referido laboratório e o Estado que adquire as doses que deverão ser fornecidas a cada um dos cidadãos. Ora, é exatamente este contrato que pode ser configurado como um contrato com eficácia de proteção para terceiros¹⁸, categoria forjada na Alemanha. No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores

¹⁸ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 617 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 518 a 535 ; e Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 419 a 426; Karl LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *Juristenzeitung*, 1962, 105 s.

Cf., igualmente, BANAKAS, *Tortious liability for pure economic loss : a comparative study*, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, 1989, 86. Aí o autor relaciona a figura dos contratos com eficácia de proteção para terceiros com a doutrina do *trust of a promise*, originário na *equity*, considerando que são similares, embora o âmbito de aplicação desta última seja mais restrito, exigindo-se uma clara intenção de uma das partes de criar um benefício a favor de terceiro.

Mota Pinto oferece como exemplo de um contrato com eficácia de proteção para terceiros o contrato de arrendamento: haveria possibilidade de se ressarcir por via contratual o dano do terceiro que fosse abrangido pelo círculo de proteção do contrato (ex. lesão da pessoa ou dos bens de um familiar que habitasse no locado).

de uma pretensão indemnizatória contra ele, uma vez violados determinados deveres de proteção¹⁹.

O esquema pode ser transposto para a realidade que estamos a considerar: a farmacêutica A produz x doses de vacinas anti-covid que são adquiridas pelo Estado português para serem ministradas aos seus cidadãos. Sendo apenas parte no contrato A e o Estado, A tem consciência de que a sua prestação será utilizada por terceiros, donde deverá cumprir em relação a eles deveres de cuidado como garantia da sua incolumidade, o que quer dizer que A não está contratualmente vinculado em face de cada um dos cidadãos, mas pode ver deduzida contra si uma pretensão ressarcitória alicerçada na relação obrigacional complexa que firmou.

4 As cláusulas de exclusão da responsabilidade

É a consciência da possibilidade de emergência de uma pretensão indemnizatória que leva as farmacêuticas a procurarem uma garantia. Essa é encontrada no seio contratual, através da aposição de uma cláusula de exclusão da responsabilidade. Pretende, de facto, o setor exonerar-se da responsabilidade pelos eventuais efeitos secundários que possam advir, numa confissão clara do grau de incerteza que rodeia o processo de fabrico.

O problema – do ponto de vista jurídico – passa, portanto, pela ponderação acerca da validade ou invalidade de uma cláusula deste jaez e leva-nos a confrontar-nos com o clássico problema da fixação contratual dos direitos do credor, mais precisamente, com a *vexata questio* da validade ou invalidade de uma cláusula de exclusão (ou de limitação) da responsabilidade²⁰. Repare-se que estas cláusulas, surgindo no seio de um contrato, podem excluir quer a responsabilidade contratual, como a responsabilidade delitual. Na verdade, não só é pacífico – embora não unânime – que um mesmo facto pode

¹⁹ Cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.

²⁰ Sobre o ponto, cf., por todos, António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003.

desencadear simultaneamente as duas formas de responsabilidade (por implicar a violação de um contrato e de um direito absoluto ou interesse legalmente protegido), como nada impede que dois sujeitos celebrem um negócio cujo objeto seja precisamente a exclusão da obrigação de indemnizar que possa surgir no domínio extracontratual. Pinto Monteiro ilustra a possibilidade com o caso em que dois vizinhos celebram um contrato nos termos do qual estabelecem que, verificando-se no quadro das relações de vizinhança uma situação desencadeadora de responsabilidade aquiliana, o direito à indemnização ficaria excluído²¹.

Assim, podemos estar diante de uma cláusula de exclusão da responsabilidade extracontratual inserida num contrato cujo objeto seja outro, hipótese em que o julgador terá de resolver um duplo problema: tomar posição em relação à questão do eventual concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória, por um lado, e, por outro lado, interpretar a estipulação contratual no sentido de determinar se ela abrange ou não a responsabilidade aquiliana. Ou, em alternativa, podemos estar diante de uma cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade em sentido próprio, a vincular pessoas que não estavam ligadas por uma relação negocial prévia. São estas últimas que levantam dificuldades, desde logo, no tocante à sua operacionalidade. Na verdade, se não existe uma relação negocial prévia, como é possível prever a exclusão da responsabilidade, tanto mais que os lesados são, nesta modalidade ressarcitória, indefinidos *a priori* e se exige um verdadeiro acordo negocial²². Pinto Monteiro aduz, a este propósito, que, não obstante, “nada impede que o responsável por (eventuais) danos possa (...) acautelar-se perante essas pessoas, celebrando com elas (a troco de certas vantagens ou benefícios de qualquer natureza, por exemplo) convenções de exclusão ou

²¹ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Alameda, Coimbra, 2003

²² António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 399.

de limitação de responsabilidade”²³, o que não modifica, entenda-se, a natureza da responsabilidade²⁴.

No pedaço de realidade que procuramos analisar, pretende-se que a cláusula seja inserida no contrato de compra e venda de vacinas celebrado entre o Estado português e a/as farmacêutica/as que venham a produzir a vacina anti-covid.

4.1 A questão da validade, em geral

As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade, operando ao nível da indemnização, são estipulações acessórias típicas, nos termos das quais os contraentes acordam em limitar ou excluir, consoante os casos, a responsabilidade do devedor pelo não cumprimento (entendido em sentido amplo) de uma obrigação assumida²⁵.

Apesar da recorrência destas cláusulas na prática negocial, nem sempre é pacífica a sua validade. O problema foi amplamente tratado por Pinto Monteiro, que acabou por oferecer argumentos suficientemente seguros para sustentar, no plano do direito constituído, a legitimidade das estipulações em questão. Mais do que isso, o civilista parece ter operado uma inflexão na própria doutrina que, à época, se mostrava maioritariamente – mesmo quando crítica da solução legal – defensora da invalidade das referidas cláusulas, em face do artigo 809º CC e da génese do preceito.

Na verdade, se os autores anterior ao Código de 1966 eram inequívocos na afirmação da validade de cláusulas desse jaez, quando circunscritas à culpa leve, e se essa parece ter sido a doutrina acolhida no anteprojeto de Vaz Serra²⁶, a segunda revisão ministerial deter-

²³ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 392. Cf. nota 895, para inúmeros exemplos, muitos deles reconduzidos às relações de vizinhança.

²⁴ Seria, no fundo, uma responsabilidade delitual regulada pelo contrato – cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 396.

²⁵ Sobre o ponto, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, Coimbra, 599; António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 2003, Coimbra, 100.

²⁶ Cf. Adriano Vaz SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade. Obrigação de ga-

minaria que artigo 809º CC passasse a ter a formulação que hoje lhe conhecemos: “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no nº2 do artigo 800º”.

Ora, porque um dos direitos do credor em face do incumprimento ou mora do devedor é o direito à indemnização, os autores rapidamente interpretaram o preceito no sentido da inclusão no seu âmbito de relevância das cláusulas de limitação ou exclusão da responsabilidade e, concomitantemente, afirmaram a sua nulidade. Antunes Varela, por exemplo, passou a sustentar que o texto do artigo 809º CC é inequívoco, não deixando margem para outra interpretação que não a nulidade das estipulações em causa, até porque entender de outra forma configuraria uma forma de excluir a própria ilicitude do incumprimento²⁷. Outros, mesmo podendo não concordar com a solução que era ditada pelo diploma mãe em matéria de direito civil, aderiram ao entendimento²⁸. Curiosamente, no tocante às cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade por atos de auxiliares, em face do artigo 800º/2 CC e do elemento histórico da interpretação, tida como um problema hermenêutico, os autores mostravam-se favoráveis à validade das estipulações em causa.

Torna-se, por isso, inestimável o contributo de Pinto Monteiro na matéria. Para o autor, o artigo 809º CC não abrangeria, desde

rantia contra responsabilidade por danos a terceiros”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº79, 1958, 105 s. Na proposta do autor, podia ler-se “as convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, ainda que apenas estabeleçam o máximo a que pode ir a indemnização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova. São também nulas as convenções de exclusão ou limitação de responsabilidade para os casos em que o facto do devedor represente violação de obrigações resultantes de normas de ordem pública”. O autor estendia a solução à responsabilidade extracontratual, domínio que, aliás, motiva o nosso excursus. Sobre o ponto, teceremos a seu tempo as devidas considerações.

²⁷ J. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 6ª edição, Almedina, 2000, Coimbra, 136 s. e 197

²⁸ Cf. Pessoa JORGE, “Limitação convencional da responsabilidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº281, 1979, 11 s.

logo, no seu âmbito de relevância as cláusulas de limitação da responsabilidade. Não só estas não envolvem uma renúncia do devedor ao direito à indemnização, mas tão-só uma sua limitação, como o artigo 810º CC admite a estipulação de uma cláusula penal que, na sua modalidade de fixação antecipada do montante indemnizatório, pode funcionar, na prática, como uma limitação à indemnização²⁹. No tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade, o autor opera uma redução teleológica do citado artigo 809º CC. Se a preocupação do legislador foi a de “evitar que fosse desfigurado o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo”³⁰, então, a teleologia da norma só vale para afastar a validade das cláusulas de exclusão por dolo ou culpa grave, pois “só nesses casos ela implicaria, de certa forma, deixar-se à mercê das partes uma regra cujo valor moral e social imporá que lhes seja subtraída”³¹. De acordo com a explicitação do autor, “a cláusula de exclusão não concede ao devedor (...) a faculdade de não cumprir, destinando-se apenas a afastar a sua responsabilidade. O credor mantém, por isso – e apesar da referida cláusula – (...) o direito de exigir o cumprimento do contrato”³², bem como todos os outros direitos que a vinculação negocial lhe confere. No entanto, isto só será assim quando a cláusula se contenha nos estritos limites da culpa leve, pois, no tocante ao dolo e à culpa grave, poder-se-ia, de facto, aventar a possibilidade de

²⁹ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 171 s.

³⁰ Cf. António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 182 e Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, II, artigo 809º, 4ª edição, Coimbra Editora, 1986, Coimbra, 73.

Esta ideia era suficiente para que Pires de Lima e Antunes Varela defendessem a invalidade das cláusulas em apreço, mesmo quando confinadas à culpa leve. É essa também a orientação seguida por Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, II, Almedina, 2002, Coimbra, 321. Também Ana PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, Almedina, 2005, Coimbra, 750, defende a nulidade das estipulações.

³¹ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 185.

³² António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 187.

a cláusula afetar a natureza jurídica da obrigação³³. É que, nos casos de dolo, “afirmar-se (...) que o credor mantém o direito de exigir o cumprimento da obrigação traduzir-se-ia em ameaçar o devedor com um direito vazio, porque ineficaz ou quase, do ponto de vista prático-sancionatório”³⁴.

Esta solução é reforçada por um outro argumento, de índole sistemática. Na verdade, o DL n.º 446/85 vem considerar como cláusulas absolutamente proibidas, e, portanto, nulas, nos termos do artigo 12.º, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave, quer por ato próprio, quer por ato de representante ou auxiliar³⁵. Ora, se num domínio onde existem fortes restrições à autonomia privada tais cláusulas são admitidas, por maioria de razão, elas devem ser permitidas no quadro de contratos negociados³⁶.

A posição do civilista que temos vindo a acompanhar de muito perto não é, contra o que se poderia pensar, ímpar. Não só ela foi amplamente acolhida pela jurisprudência, como acaba por ser partilhada por outros autores. Assim, Galvão Telles, considerando que a exclusão da responsabilidade por culpa leve não corresponde a uma renúncia total do direito do credor³⁷, Almeida Costa, distinguindo entre a renúncia ao direito e o condicionamento a um determinado grau de culpa³⁸, Nuno Pinto de Oliveira³⁹, entre outros.

³³ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

³⁴ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 214.

³⁵ Cf. artigo 18.º c) e d)

³⁶ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 386-g. No mesmo sentido, cf. M. J. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, Almedina, 2001, Coimbra, 725; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I/I*, Almedina, 1999, Coimbra, 582; Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 7.ª edição, Coimbra Editora, 1997, Coimbra, 432.

³⁷ Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 431 s.

³⁸ M. J. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 734 s.

³⁹ Nuno Pinto de OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato – cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª edição, Almedina, 2008, Coimbra, 36 s.

Haverá, contudo, de considerar regimes especiais, sustentando-se a invalidade das referidas cláusulas quando razões de ordem pública ou de proteção do consumidor o determinem. Nesses casos, independentemente do cumprimento dos requisitos, devem tais estipulações ser consideradas nulas.

Também no tocante às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares, Pinto Monteiro, contra o teor literal do artigo 800º/2 CC, vem sustentar que elas só são válidas nas mesmas condições que as cláusulas de exclusão da responsabilidade por ato próprio. Já não será assim no que respeita às cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de auxiliares independentes, relativamente às quais se poderia admitir a validade mesmo nos casos de dolo⁴⁰. Trata-se de uma posição não unânime, que convive paredes-meias com o entendimento de autores que defendem a validade das cláusulas, independentemente de se tratar de um ato de um auxiliar dependente ou independente e independentemente do grau de culpa⁴¹, e com o entendimento que defende a sua invalidade⁴², mas que, não obstante, nos parece de aplaudir. Na verdade, a moderna estrutura produtiva leva-nos a perceber que muitas das obrigações contraídas por um sujeito são cumpridas por recurso a terceiros (auxiliares) que se integram nessa mesma estrutura produtiva. Ora, admitir a validade das referidas cláusulas, mesmo em caso de dolo ou culpa grave, equivaleria a encontrar um expediente para contornar a restrição imposta pelo artigo 809º CC, razão pela qual se deve considerar que a mencionada validade fica limitada aos casos de culpa leve, exceto nas hipóteses em que a atuação seja de um auxiliar independente.

O rememorar da lição do Mestre, ainda que em diálogo com outros autores, permite-nos perceber que, também como o mesmo sublinha, não se integram na *ratio* do artigo 809º as cláusulas de ex-

⁴⁰ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 258 s.

⁴¹ J. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 138.

⁴² Ana PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, 757 s.

clusão de responsabilidade extracontratual. Se a intenção do preceito é evitar que se desfigure a obrigação civil, importa não esquecer que, por referência à responsabilidade aquiliana, essa obrigação prévia não existe. Assim, conclui Pinto Monteiro, numa solução em que é acompanhado por outros autores⁴³, que seja de aceitar a validade das mesmas, exceto quando haja ofensa à ordem pública ou aos bons costumes e nas hipóteses em que haja dolo, designadamente quando esteja em causa a violação da vida, da saúde, da integridade física ou moral do lesado⁴⁴. A par do argumento da não inclusão da estipulação no âmbito de relevância do artigo 809º CC, o autor mobiliza ainda o regime do consentimento do lesado para sustentar a sua posição, aduzindo que o mesmo nos permite chegar a soluções análogas. Para Pinto Monteiro, considerar que a responsabilidade extracontratual envolve sempre matéria de ordem pública acaba por não passar de um preconceito.

Vejamos.

No tocante à responsabilidade extracontratual, não podemos ignorar o fundamento último da responsabilização, a implicar a chamada à colação de uma ideia de liberdade material e axiologicamente conformada, alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Encontrada na ideia de pessoalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialética entre liberdade e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja diretamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito. Quer isto dizer que a responsabilidade civil não serve apenas – para lá da função ressarcitória e preventiva – para afirmar contrafactivamente a validade dos bens jurídicos violados, mas também para reafirmar a pessoalidade do lesante, pelo seu chamamento à

⁴³ Veja-se, *inter alia*, Adriano Vaz SERRA, “Cláusulas modificadoras da responsabilidade”, 132 s.

⁴⁴ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 406 e 409

responsabilidade. Nessa medida, a ideia de que afirmar-se que a responsabilidade extracontratual é de ordem pública “não passará de um preconceito”, porque muitas vezes estão em causa interesses meramente privados, “não deixando, por outro lado, de causar prejuízo social mais grave (...) a violação de certos contratos do que algumas lesões que dão lugar à responsabilidade aquiliana”⁴⁵, acaba por esquecer uma dimensão absolutamente fundamental do instituto delitual. No fundo, se é certo que a ordem pública pode não estar interessada na reparabilidade de todos os danos⁴⁶, não é menos verdade que a imperiosa necessidade de responsabilização do lesante, em face de um ato ilícito, culposo e causador de danos, pode ficar comprometida com o acordo exoneratório ou limitativo da responsabilidade. Isto não quer dizer, porém, que se deve pôr imediatamente de parte a validade das referidas cláusulas. Significa antes que teremos de perscrutar outros argumentos no sentido de concluir pela validade ou invalidade das mesmas.

Apesar do que ficou dito, importa sublinhar que a cláusula de limitação de responsabilidade extracontratual não opera ao nível da responsabilidade, mas apenas ao nível do direito à indemnização que dela decorre. Por outro lado, o artigo 494º CC admite que, “quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. Ora, se o próprio ordenamento jurídico admite hipóteses de fixação da indemnização abaixo do dano mensurado, em nome da equidade, então, parece ser de admitir que o lesado acorde com o lesante, em momento prévio à ocorrência da lesão, um montante acima do qual não será possível exigir uma indemnização.

⁴⁵ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 408.

⁴⁶ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 408.

Repare-se, contudo, que o fundamento da redução da indemnização, num caso e noutro, será diverso. Enquanto ao nível do artigo 494º CC o julgador há de basear-se na equidade, aqui o fundamento da redução é a autonomia privada dos sujeitos. A mobilização do artigo 494º CC serve, portanto, para mostrar que o ordenamento jurídico não se opõe a uma solução como esta, não podendo ser mobilizado diretamente para resolver a questão.

Exatamente porque o fundamento da redução da indemnização é a autonomia privada, e porque o que está em causa é prescindir de uma parte da prestação correspondente à lesão de um determinado direito ou interesse (juridicamente tutelado através de uma norma de proteção), então somos confrontados com limites a essa possibilidade de determinação autónoma do montante máximo da indemnização. Em primeiro lugar, não é possível haver redução da indemnização quando o direito lesado seja indisponível. Naqueles casos em que a indisponibilidade é relativa, poder-se-ia ponderar se a lesão que se verificou – e a partir da qual se define o montante indemnizatório – poderia ou não ter sido autorizada pelo sujeito. No entanto, estando em causa direitos de personalidade, porque a livre disposição deles pode ser revogada a todo o tempo, há que ter sustentar a invalidade de uma cláusula limitativa da responsabilidade que surja pela violação de um deles.

Por outro lado, porque a dimensão de ordem pública com que surge revestida a responsabilidade civil não se esgota na tutela de certos bens jurídicos ou na reafirmação contrafáctica da sua validade, antes envolvendo o chamamento à responsabilidade do lesante como forma de atualizar a sua pessoalidade, não será de admitir a redução da indemnização nas hipóteses em que a culpa desse lesante não seja leve. O critério do grau de culpa estabelecido ao nível do artigo 494º CC deve funcionar também nas hipóteses de redução da indemnização com fundamento na autonomia privada.

As dificuldades agravam-se quando temos de lidar com as cláusulas de exclusão da responsabilidade extracontratual. Na verdade, aí

não está em causa a simples redução do montante indemnizatório, mas a exclusão do direito à indemnização.

A doutrina tem encontrado no consentimento do lesado um argumento importante para a validade de princípio da convenção de exclusão da responsabilidade extracontratual⁴⁷. O argumento percebe-se se perspetivarmos a ideia de ordem pública à luz da necessidade de tutela de certos bens jurídicos. Na verdade, se o ordenamento jurídico permite que o titular do direito possa consentir na sua lesão, por maioria de razão, terá de admitir que a indemnização que resulta dessa mesma lesão possa ser excluída. Não cremos, no entanto, que o argumento proceda. Na verdade, o consentimento do lesado atua num momento prévio, excluindo a ilicitude do comportamento, pelo que a responsabilidade nunca chega a emergir. Embora o resultado prático-normativo possa ser idêntico, com a eficácia do consentimento, porque o lesante é autorizado a agir, não se coloca o problema da exclusão de uma responsabilidade e, portanto, da contradição com o princípio da responsabilidade. Pelo contrário, nas hipóteses em apreço, a responsabilidade avulta e porque aquele é um princípio maior do ordenamento jurídico, há que indagar até que ponto a autonomia privada o pode conformar.

O problema das cláusulas de exclusão da responsabilidade coloca-se porque foi celebrado um contrato, nos termos do qual o lesado prescinde – antecipadamente – de uma prestação a que tem direito. Se tal prestação corresponde a uma via de satisfação do interesse do titular de um direito lesado, então, se for possível ao abrigo da autonomia privada dispor de tal direito, parece à primeira vista que não há razões para não se permitir que se prescinda do crédito subsequente.

Esta correspondência entre o crédito indemnizatório e o direito lesado leva-nos, por seu turno, a concluir que as cláusulas de exclusão de responsabilidade deveriam ser postergadas quando em causa

⁴⁷ António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 408-409.

estivesse um direito indisponível. Tal como por referência às cláusulas limitativas da responsabilidade, sempre que a indisponibilidade fosse relativa, poder-se-ia ponderar se a lesão que se verificou – e a partir da qual emerge a responsabilidade – poderia ou não ter sido autorizada pelo sujeito, mas sempre que estejam em causa direitos de personalidade, porque a livre disposição deles poderia ser revogada a todo o tempo, há que se sustentar a impossibilidade da cláusula exoneratória⁴⁸.

Salvaguardada a livre disponibilidade do crédito, importa não esquecer, ademais, que o sujeito, credor da pretensão indemnizatória, pode transmitir o seu direito de crédito e ou pode optar pela inação, fazendo-o prescrever. Se nesta última hipótese é evidente que prescinde da indemnização, também na primeira ela pode acabar por não se destinar à cobertura do dano gerado, o que quer dizer que, uma vez fundada a responsabilidade, é no plano das relações obrigacionais que nos movemos.

Simplemente, há três dados que não podem ser ignorados. Em primeiro lugar, o que assim fica dito exige que se comprove a correspondência entre o crédito indemnizatório e o direito violado. Em segundo lugar, a autonomia privada só se exerce verdadeiramente quando se conhecem os contornos da vinculação a que, com base nela, se abrem as portas, o que quer dizer que, porque a exclusão da indemnização é feita *a priori*, pode suceder, em concreto, que os danos gerados sejam muito superiores àqueles que foram perspectivados pelo lesado. Em terceiro lugar, com isto parece ficar ofuscada a finalidade sancionatória (entendida na sua remissão para o fundamento último da pessoalidade livre e responsável) da responsabilidade civil.

⁴⁸ O mesmo vale, como ficou explicitado, para as cláusulas de limitação da responsabilidade. Em rigor, embora com outro *iter* argumentativo, a doutrina tem entendido que não é possível haver uma limitação ou exclusão convencional da responsabilidade, quando estejam em causa bens da incolumidade pessoal. Fundamentam-no no artigo 504º/4 CC, de onde retiram um princípio geral orientado à proteção da pessoa. Nesse sentido, por todos, António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 309.

No que ao primeiro aspeto diz respeito, há boas razões para sustentar a correspondência anunciada. Na verdade, uma vez solucionado o problema imputacional que fundamenta a responsabilidade – e que passa pela ligação entre o comportamento do agente e a lesão do direito absoluto ou do interesse tutelado por uma norma de proteção –, será com base nas possibilidades abertas pela esfera delimitada por cada direito subjetivo que os danos consequenciais, os segundos danos (que não sejam danos-lesão/evento), se não de reconduzir ao concreto direito violado, dando-se resposta ao problema do preenchimento da responsabilidade. Só uma vez cumprido este juízo, estaremos em condições de determinar o *quantum* indemnizatório. Na resolução do problema da extensão do dano a indemnizar, não se olhe para a globalidade do património – atual e hipotético – do lesado, mas para as esferas de utilidades desenhadas em torno do direito subjetivo absoluto. Tornando-se, deste modo, despicienda a convocação do curso causal alternativo hipotético, torna-se, também, não problemática a questão que, só podendo ser solucionada em termos normativos, é, em alguns dos seus desenhos típicos, equacionada a montante. Definidos os termos da imputação, resta-nos esta tarefa avaliativa que está longe de poder ser vista como uma pura operação matemática. A comparação é agora feita entre o que o direito subjetivo absoluto possibilitaria e o que, de facto, ele possibilita, uma vez lesado. E aqui há um duplo juízo que deve ser levado a cabo. Primeiro, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora. É claro que o problema do cômputo da indemnização exige mais, mas esse *plus* com que o julgador se há de confrontar na tarefa judicativa (v.g. o problema de um eventual concurso de culpas do lesado, o problema da compensação de vantagens, o problema dos danos não patrimoniais) não arreda o *prius* que é a lesão do direito subjetivo.

Não obstante, esta correspondência pode inexistir em concreto. Basta, para o efeito, que a responsabilidade não emergja por meio da primeira (ou mesmo da segunda) modalidade de ilicitude, mas por via do abuso do direito. Avultando maior o desvalor de conduta, ainda que não se prescindia do desvalor de resultado (que haverá de estar sempre presente), deixa de fazer sentido a ideia de que, tal como o sujeito poderia dispor do seu direito, pode agora dispor do crédito indemnizatório surgido com base nele⁴⁹. O que não obsta, obviamente, a que o sujeito aceite prescindir de um crédito indemnizatório que só tenha correspondência nos danos que são gerados.

No que ao segundo aspeto respeita, haveremos de considerar que a possibilidade existe na prática, sobretudo porque, ao contrário do que sucede no domínio contratual, não existe uma obrigação assumida de antemão, não se conhecendo previamente os contornos de uma eventual lesão e o impacto dela. Por isso, ainda que se aceitasse a exclusão da responsabilidade por via convencional, haveria que se estabelecer um limite para ela, o que na prática iria redundar na simples admissão de cláusulas de limitação da responsabilidade. Simplesmente, agora, esta limitação não operaria acima de um determinado montante indemnizatório, mas abaixo dele⁵⁰. Ou, ao invés, na determinação clara do tipo de danos – decorrentes de que conduta – se excluiriam.

Ora, se assim é, então salvaguardar-se-ia um mínimo ético de responsabilização do agente lesivo, já que, no fundo, se vem mostrar que não é a responsabilidade que é excluída, mas a indemnização.

⁴⁹ Se o que estivesse em causa fosse simplesmente a ponderação dos critérios de redução da indemnização a que somos conduzidos por via do artigo 494º CC, porque a conceção de abuso com que lidamos é uma conceção objetiva, não nos parece que fosse inviável o recurso ao expediente.

Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, 395.

⁵⁰ Repare-se que, pela mesma lógica, se pode considerar que uma cláusula de limitação de responsabilidade que fixe um montante máximo de indemnização muito inferior ao montante dos danos verificados pode redundar, na prática, numa exclusão da responsabilidade. Assim sendo, haverá que se proceder a uma ponderação analógica entre as duas hipóteses. A alternativa é, dizemo-lo em texto, considerar que se tem de definir claramente o dano cuja indemnização se exclui.

Este sentido ético da responsabilidade, a implicar a reafirmação da liberdade responsável do ser pessoa, exigiria, ademais, que a exclusão entendida nestes moldes se tivesse de confinar aos limites da culpa leve. Não poderia jamais, porque contrário ao princípio da responsabilidade que assume foros de ordem pública, haver exclusão convencional da responsabilidade por dolo ou culpa grave.

As soluções avançadas encontram fundamento no direito positivo. Assim, no que tange à restrição da admissibilidade das cláusulas com base no grau de culpa e na natureza do direito lesado, elas devem ser consideradas nulas, por violação da ordem pública, nos termos do artigo 280º CC. A ordem pública a que se faz apelo, porém, não pode ser entendida de uma forma monolítica. Se é desvelada, no tocante à natureza do direito, por referência à indisponibilidade de certos direitos e à sua importância no quadro do ordenamento jurídico, deve ser entendida, no que respeita ao grau de culpa, por referência ao princípio da responsabilidade. No que toca à necessidade de estabelecer um limite à própria exclusão da responsabilidade, ele decorre da necessidade de determinabilidade do objeto do negócio, de acordo com o citado preceito⁵¹.

Em determinadas situações, o legislador expressamente proíbe as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade extracontratual. Assim, por exemplo, no quadro dos contratos de adesão, determina o artigo 18º a) DL nº446/85, de 25 de Outubro, que são absolutamente proibidas, e como tal nulas, as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por da-

⁵¹ Repare-se que este problema de determinabilidade não existe quando esteja em causa uma cláusula de exclusão da responsabilidade contratual, já que aí a prestação indemnizatória de que se abdica baseia-se na obrigação previamente assumida. Embora possa superá-la em concreto, o certo é que ela serve para satisfazer por outra via o interesse do credor. Naquelas hipóteses em que, pela violação de determinados deveres de conduta, se violam outros bens que não se conduzem estritamente ao interesse da prestação, embora digam respeito ao interesse contratual (isto é, nas hipóteses de violação positiva do contrato), poder-se-á colocar um problema análogo. Para o resolver, há que lançar-se mão da interpretação das declarações negociais, em primeiro lugar, para perceber se a exclusão diz também respeito a estes danos. Contudo, mesmo em caso afirmativo, não nos podemos esquecer que o âmbito da responsabilidade fica, *a priori*, delimitado pela relevância contratual.

nos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas, e a al. b) do mesmo preceito dispõe que são igualmente nulas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais, causados na esfera da contraparte ou de terceiros. Em causa estão especiais razões ligadas à necessidade de proteção de bens essenciais (vida, saúde, integridade física) e ligadas à necessidade de proteção do consumidor⁵². Também o artigo 504º/4 CC exclui a validade das cláusulas de exclusão (e limitação) da responsabilidade – indiferentemente de o contrato onde estão inseridas ser ou não um contrato celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais – nos casos de afetação da integridade física do sujeito.

4.2 As cláusulas de exclusão da responsabilidade das farmacêuticas

A oposição de uma cláusula de exclusão da responsabilidade das farmacêuticas esbarra com dificuldades óbvias, como podemos constatar pela análise do regime de tais estipulações acessórias típicas. Várias são as hipóteses a considerar em abstrato.

- a) *Tratando-se de um contrato negociado*, a exclusão da responsabilidade delitual ficaria posta em causa quer por via do princípio da responsabilidade, quer por via da ideia de ordem pública. Ademais, mesmo contida nos limites da culpa leve, se se tratasse de uma cláusula de exclusão da responsabilidade contratual, sempre haveríamos de considerar que, porque o que está em causa é a lesão da vida, da saúde ou da integridade física, a exclusão deve ser considerada nula;
- b) *Tratando-se de um contrato de adesão*, a exclusão da responsabilidade delitual esvanecer-se-ia por força do artigo 18º a) e b) DL nº446/85; e a responsabilidade contratual – concretizando-

⁵² António Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 304.

-se por via da lesão da vida, da saúde ou da integridade física – deixaria, também, de poder ser excluída.

Em qualquer dos casos, tratando-se de danos causados a consumidores, entende-se que o efeito exoneratório não é possível.

Acresce a tudo isto que as referidas cláusulas de exclusão da responsabilidade assentam na autonomia do sujeito contraente, ainda que tal liberdade esteja limitada – nas hipóteses de recurso a cláusulas contratuais gerais – à possibilidade de decidir se celebra ou não o contrato, o que, em domínios de atuação monopolista ou oligopolista em que estejam em causa serviços e bens essenciais, pode inclusivamente corresponder a uma não liberdade. Simplesmente, no horizonte problemático em análise não se exerce qualquer liberdade/ autonomia.

A conclusão não resulta do facto de a vacina que venha a ser fornecida pela farmacêutica poder ser de administração obrigatória, mas antes do facto de os titulares do direito à indemnização não serem parte no contrato, não tendo estado na base da estipulação negocial. Esta, a poder-se definir como tal, vincula apenas a farmacêutica e o Estado. E este, mesmo assumindo o papel de «representante» de todos os cidadãos, em sentido impróprio, entenda-se, não pode vinculá-los à privação de tutela dos seus direitos fundamentais, v.g. a vida, a integridade física, a vida⁵³. O contrato é, em relação aos particulares lesados, *res inter alia acta*. Ademais, no tocante à exclusão da responsabilidade extracontratual, os argumentos avançados que sustentavam – em alguns casos – a validade das cláusulas de exclu-

⁵³ A afirmação leva-nos a distinguir o Estado enquanto representante político de uma comunidade de pessoas que lhe serve de substrato do Estado representante no sentido de ente atuante em nome dos cidadãos. É neste segundo sentido que não existe representação, tanto quanto uma pessoa coletiva se distinga sempre dos membros que a compõem em termos pessoais e patrimoniais.

Para outros desenvolvimentos, cf. Marcello CAETANO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, 25 s.

são cai por terra, a partir do momento em que se constata a falta de autonomia, pela inexistência, inclusivamente, de ação.

Mais do que nulas, as cláusulas de exclusão da responsabilidade das farmacêuticas são ineficazes em relação aos particulares lesados com a vacina.

O coronavírus como elemento propulsor do processo de digitalização no setor bancário: uma discussão sobre a vulnerabilidade do consumidor nas contratações virtuais no âmbito do sistema financeiro nacional

Thaise Maria Neves Duarte Pacheco

Sumário: 1 Introdução. 2 O coronavírus como elemento propulsor do processo de digitalização no setor bancário. 3 Digitalização no setor bancário: benefícios e desafios dessa tendência. 4 A tutela do consumidor bancário e a vulnerabilidade agravada em função do processo de digitalização. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Diante da decretação de estado de pandemia pela Organização Mundial da Saúde, autoridades do mundo inteiro passaram a adotar medidas de restrição da circulação de pessoas como meio de contenção da disseminação do vírus cujas características ainda eram desconhecidas.

No Brasil, as medidas restritivas impuseram uma nova dinâmica social, e favoreceram um intenso processo de digitalização que atingiu grande parte dos setores econômicos. A tendência de digitalização revelou-se uma necessidade para que pequenas e grandes empresas mantivessem suas atividades, e, por outro lado, para que os consumidores permanecessem acessando bens e serviços.

No setor bancário, o processo de digitalização foi acentuado e demonstrado pelo aumento de contratações de serviços de natureza

bancária a partir de dispositivos virtuais e pelo crescimento da quantidade de contas abertas por meios digitais.

Em que pese a aceleração do processo de digitalização seja comemorada por atores do mercado em razão dos benefícios potencialmente advindos da utilização da tecnologia nesse setor, a percepção desse fenômeno requer uma discussão a partir dos riscos e benefícios decorrentes desse processo.

Dessa forma, propõe-se, com a presente pesquisa, uma análise acerca do processo de digitalização ocorrido no setor bancário durante a pandemia, a partir de duas características intrínsecas a esse fenômeno: a) o aumento da utilização de plataformas digitais por consumidores com baixa educação digital e financeira; e b) a inclusão financeira de consumidores com baixa ou nenhuma experiência no sistema financeiro por meio de soluções virtuais.

A partir dessa percepção, pretende-se, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, propor uma discussão acerca do agravamento da vulnerabilidade do consumidor bancário em ambiente virtual e dos instrumentos normativos dedicados à mitigação dessas vulnerabilidades no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

2 O coronavírus como elemento propulsor do processo de digitalização no setor bancário

Desde o dia 11 de março de 2020, quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto de covid-19 se caracterizava como uma pandemia, com extensão e relevância internacional, o mundo se viu diante da necessidade de adotar medidas dedicadas à redução do seu contágio. O vírus, cujas características e modo de enfrentamento ainda eram um desafio para as autoridades sanitárias do mundo todo, impôs uma série de consequências e alterou substancialmente a dinâmica social dos mais variados países.

No Brasil, as medidas de restrição da circulação de pessoas e de limitação ao funcionamento presencial do comércio e de prestadores de serviços foram amplamente adotadas por autoridades locais. Tais

medidas estavam pautadas na tentativa de evitar a aglomeração de pessoas e, portanto, a disseminação do vírus.

Essa nova realidade impôs que a população permanecesse em seus lares, e impediu que atividades rotineiras pudessem ser executadas presencialmente. O avanço da doença e, portanto, a manutenção prolongada das medidas de distanciamento social exigiram que a sociedade encontrasse meios alternativos de manter as suas atividades habituais.

Nesse cenário, as ferramentas virtuais se disseminaram e se tornaram grandes aliadas ao permitirem que, de alguma forma, a sociedade mantivesse a prática de tarefas cotidianas, com as devidas adaptações ao mundo virtual. Atividades habitualmente realizadas presencialmente como acesso a aulas, consultas médicas e reuniões de trabalho, por exemplo, passaram a ser realizadas em ambiente virtual. Alterando sensivelmente a dinâmica social.

Diante dessa nova dinâmica, o consumo também sofreu intensa e veloz transformação. Dados divulgados pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (Abcomm)¹, por exemplo, revelam que o comércio eletrônico brasileiro aumentou sua base de usuários em 70% nos primeiros meses da pandemia. Ou seja, um universo de novos usuários viu-se compelido a adotar meios digitais para consumo de bens e serviços, tradicionalmente realizados presencialmente, acelerando uma tendência mundial já em curso.

O processo de digitalização revelou-se uma necessidade, para que pequenas e grandes empresas mantivessem suas atividades, e, por outro lado, para que consumidores permanecessem acessando bens e serviços.

Dentre os segmentos amplamente atingidos pela necessidade de adoção de práticas digitalizadas, está o setor bancário. A necessidade de oferecer meios virtuais para a realização dos serviços de nature-

¹ FIORI, Diniz. E-commerce cresce, mesmo durante a pandemia. ABCOMM. 2020. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/e-commerce-cresce-mesmo-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

za bancária, evitando a exposição da população a aglomerações, foi responsável por acelerar um processo já em curso de contratações bancárias em ambiente totalmente virtual.

Pesquisa elaborada pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban), dedicada a aferir a utilização da tecnologia nas contratações bancárias, revelou que, no ano de 2019, 60% do volume total de transações bancárias foram realizadas pela internet. Com um volume de 53 bilhões de reais em transações.² Já no ano de 2020, as transações realizadas em ambiente virtual representaram 67% das contratações realizadas, totalizando 68,7 bilhões de reais.³

No mesmo sentido, dados do Banco Central do Brasil revelam que, no ano de 2020, sob influência das medidas de distanciamento social, 9 em cada 10 contratações de crédito ocorreu por meio de canais digitais.⁴

Outro elemento que serviu como um vetor para o processo de digitalização no setor bancário foi a criação do chamado Auxílio Emergencial, benefício criado pelo governo federal com o intuito de garantir uma renda mínima à população economicamente mais vulnerável, em função do enfraquecimento da economia diante do coronavírus.⁵

Segundo dados do Relatório de Cidadania Financeira, divulgado pelo Banco Central do Brasil, em 2020 houve crescimento acentuado da quantidade de pessoas com relacionamento com o Sistema Financeiro Nacional no Brasil. Quase 14 milhões de pessoas acessaram o

² DELOITTE. **Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2021**. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 23.

³ DELOITTE. **Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2021**. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 23.

⁴ DELOITTE. **Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2021**. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 43.

⁵ MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Auxílio Emergencial**. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/auxilio-emergencial>. Acesso em: 20 dez. 2021.

sistema financeiro pela primeira vez em 2020⁶, levando à abertura de milhões de novas contas.

Conforme o Banco Central do Brasil, o auxílio emergencial teve como efeito imediato a abertura de milhões de novas contas para o seu recebimento, o que justifica, em grande parte, o aumento significativo de novos relacionamentos bancários no ano de 2020⁷.

Verifica-se, portanto, que esse público, que iniciou o acesso ao sistema financeiro durante a pandemia, é composto, em grande medida, por pessoas em vulnerabilidade social, que precisou acessar o sistema financeiro para receber os recursos do auxílio governamental para a manutenção da renda familiar.

Diante do cenário, marcado pela pandemia, os consumidores se valeram de soluções virtuais disponibilizadas pelos bancos tradicionais, ou acessaram bancos digitais para abertura de conta.⁸ Dados da Febraban revelam que o ano de 2020 foi marcado por um crescimento de 90% no número de contas abertas por meio de canais digitais em relação ao ano anterior; enquanto em 2019 foram abertas 4 milhões de novas contas, no ano de 2020 foram abertas 7,6 milhões de contas a partir dos canais digitais.⁹

Evidencia-se, nesses termos, que a pandemia foi responsável por impor a adoção de ferramentas virtuais aos consumidores bancários de forma geral, além de introduzir, apenas no ano de 2020, 14 milhões de novos consumidores bancários ao sistema financeiro. Usuários esses sem qualquer familiaridade com práticas bancárias e que

⁶ BACEN. Relatório de Cidadania Financeira, 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez 2021. p. 43.

⁷ BACEN. Relatório de Cidadania Financeira, 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez 2021. p. 43.

⁸ ECONOMIA. Pandemia acelera o setor dos bancos digitais. **ESTADÃO**. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pandemia-acelera-o-setor-dos-bancos-digitais,70003862491>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁹ DELOITTE. **Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2021**. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 43.

tiveram, em sua maioria, o primeiro contato com o sistema financeiro por meio da tela do telefone celular.

A realidade posta alerta para a necessidade de uma tutela consumerista atenta às potenciais vulnerabilidades desses consumidores, como a maturidade digital e nível de endividamento, aliadas à vulnerabilidade intrínseca ao sujeito consumidor. Cenário que impõe a adoção de estratégias pelas instituições financeiras, com o objetivo de garantir um relacionamento pautado pela transparência e segurança aos consumidores.

3 Digitalização no setor bancário: benefícios e desafios dessa tendência

O desenvolvimento tecnológico é, indiscutivelmente, capaz de oferecer benefícios aos consumidores, já que proporciona soluções mais desburocratizadas e democratizadas de acesso aos mais variados serviços e bens de consumo. Por outro lado, as relações estabelecidas em ambiente virtual possuem complexidades e características que apresentam a potencialidade de agravar a vulnerabilidade dos seus usuários.

Uma das importantes características do processo de digitalização é sua capacidade de romper barreiras, viabilizando a inclusão econômica de pessoas não abrangida por serviços de forma presencial, ou localizadas em regiões menos favorecidas. Nesse contexto, o incremento tecnológico é responsável por viabilizar a democratização de acesso a produtos e serviços por meio da contratação em ambiente virtual.¹⁰

Nesse sentido, a pandemia inquestionavelmente serviu como um vetor para a disseminação do uso da tecnologia no setor bancário. A democratização do acesso ao sistema financeiro e a aceleração do uso de tecnologia são tidos como benefícios advindos da neces-

¹⁰ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16-17.

sidade de adoção de modelos digitais durante a pandemia¹¹, todavia, essa realidade deve ser percebida sob duas perspectivas: os benefícios ocasionados e os riscos advindos desse processo.

Dentre os benefícios advindos do processo de digitalização, está o surgimento de novos agentes de mercado e, dessa forma, o aumento da concorrência¹², o que tem a potencialidade de oferecer novas e mais baratas soluções aos consumidores.

Outro aspecto positivo do fortalecimento do processo de digitalização é a democratização do acesso a inúmeros serviços. Populações antes desassistidas por muitos serviços podem, atualmente, acessá-los por meio das soluções virtuais.¹³

Conforme dados da Federação Brasileira de Bancos¹⁴, o processo de digitalização ocorrido durante a pandemia reflete essa realidade. As demandas pela abertura de contas durante o período de isolamento social, assim como a necessidade de contratação de serviços financeiros de forma remota, oportunizaram o surgimento e fortalecimento de novos agentes econômicos e novas soluções financeiras.

Durante a pandemia, por exemplo, houve um crescimento da abertura de contas nas chamadas Instituições de Pagamento, pessoas jurídicas que viabilizam serviços de compra e venda e de movimentação de recursos, sem a possibilidade de conceder empréstimos e financiamentos a seus clientes.¹⁵ Tais instituições não compõem o Sistema Financeiro Nacional, não exigindo a autorização do Banco

¹¹ CARDOSO, Letycia. Digitalização bancária trazida pela pandemia veio para ficar; instituições investem em tecnologia e fecham agências. **EXTRA**. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia-e-financas/financas/digitalizacao-bancaria-trazida-pela-pandemia-veio-para-ficar-instituicoes-investem-em-tecnologia-fecham-agencias-rv1-1-25257848.html>. Acesso em: 20 dez. 2021.

¹² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 123.

¹³ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 57.

¹⁴ DELOITTE. **Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2021**. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 43.

¹⁵ BACEN. **Instituições de pagamento**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidade-financeira/instituicaoopagamento>. Acesso em: 20 dez. 2021.

Central para o seu funcionamento, em razão da menor complexidade de suas transações.

Outro benefício advindo do processo de digitalização foi a inclusão de novos usuários ao sistema financeiro. A inclusão financeira é um dos pilares do Banco Central do Brasil, entendida como a possibilidade de o cidadão ter acesso a serviços financeiros que sejam adequados às suas necessidades.¹⁶

A democratização dos serviços bancários oferece benefícios aos consumidores que vão além da possibilidade de receber recursos financeiros em uma conta bancária. Segundo o Banco Central, o acesso a serviços financeiros em condições adequadas oferece instrumentos aos consumidores para que possam gerenciar de forma mais adequada sua vida financeira, oportunizando, inclusive, o seu desenvolvimento pessoal.¹⁷

A participação efetiva do sistema financeiro torna os consumidores mais capazes de gerenciar riscos, iniciar ou investir em um negócio e financiar grandes despesas, como educação ou melhoria da moradia. A cidadania financeira está relacionada, portanto, a uma maior qualidade de vida dos consumidores.¹⁸

Em que pese muitos sejam os benefícios advindos do desenvolvimento tecnológico, há que se destacar que as facilidades decorrentes do consumo virtual apresentam alguns efeitos nocivos aos consumidores.

Conforme adverte Claudia Lima Marques, os negócios realizados em ambiente virtual adotam modelos despersonalizados e des-

¹⁶ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez 2021. p. 11.

¹⁷ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez 2021. p. 23.

¹⁸ IPA. Innovations for Poverty Action. Financial Inclusion Program Brief. **Beyond the Classroom: Evidence on New Directions in Financial Education**. Janeiro/2017. Disponível em: <https://www.poverty-action.org/sites/default/files/publications/Beyond-the-Classroom-Financial-Education-Brief.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

materializados de contratação.¹⁹ A simplicidade na celebração do negócio ocorrida em ambiente virtual pode ocultar uma complexa relação jurídica, cujos agentes econômicos envolvidos e as próprias condições do negócio possam não ser adequadamente identificados pelo consumidor. Condições essas que implicam o agravamento da condição de vulnerabilidade do consumidor no ambiente virtual.

Ademais, a possibilidade do consumo instantâneo, característica do ambiente virtual, tende a estar associada ao hiperconsumo e ao aumento do endividamento dos consumidores²⁰, sobretudo quando os usuários dos serviços virtuais não são adequadamente informados e preparados para as complexas relações consumeristas contemporâneas.

Nesses termos, verifica-se que não basta perceber o processo de digitalização ocorrido durante a pandemia apenas sob o prisma dos benefícios advindos desse processo. Há que se perceber esse fenômeno com a consciência de que o processo de digitalização ocorrido no sistema financeiro, inclusive com a inclusão de novos usuários, demanda identificação dos riscos aos consumidores decorrentes desse processo.

4 A tutela do consumidor bancário e a vulnerabilidade agravada em função do processo de digitalização

A tendência de digitalização ocorrida durante pandemia requer atenção sob a perspectiva da tutela consumerista sobretudo por duas características importantes desse processo: a) aumento da utilização de plataformas digitais por consumidores com baixa educação digital e financeira; b) a inclusão financeira de consumidores com baixa

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. v. 2, p. 827-884, 2011. p. 839.

²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. v. 3. n. 2, p. 62-81, jul.-dez. 2017. p. 66.

ou nenhuma experiência no sistema financeiro por meio de soluções virtuais.

O Código de Defesa do Consumidor reconhece a vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor e a necessidade de previsões materiais direcionadas à efetiva tutela do consumidor, oferecendo instrumentos capazes de corrigir o desequilíbrio naturalmente existente no âmbito das relações consumeristas. Dessa forma, o consumidor brasileiro é tutelado por uma norma jurídica que se destina a materializar seus objetivos e impor princípios de observância obrigatória pelo mercado.²¹

Apesar de fazer poucas referências expressas às relações de consumo concretizadas em ambiente virtual, um dos grandes méritos do CDC é a definição de princípios que devem reger as relações consumeristas de uma forma geral, tais como: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o princípio da informação e transparência, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

Dessa forma, conforme adverte Bruno Miragem²², ainda que a contratação se dê por meio eletrônico, a ela não se afasta a incidência do CDC. Todavia, inquestionavelmente, a proteção efetiva do consumidor demanda novos enfoques para atender aos novos padrões de consumo e às modernas necessidades de consumidores virtuais.²³

O consumidor bancário possui algumas peculiaridades, já que a inclusão financeira, aliada ao conceito de cidadania financeira, cunhados pelo Banco Central, tem repercussão na qualidade de vida da população. Segundo o Banco Central do Brasil, inclusão financeira consiste no “estado no qual toda a população tenha acesso e

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 127.

²³ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. v. 3. n. 2, p. 62-81, jul.-dez. 2017. p. 77.

faça uso, de maneira simples, equilibrada e consciente, de serviços financeiros que tragam ganhos de bem-estar ao cidadão, de maneira conveniente e por preços acessíveis”²⁴ Já o conceito de cidadania financeira cunhado pelo Banco Central do Brasil consiste no “exercício de direitos e deveres que permite ao cidadão gerenciar bem seus recursos financeiros”²⁵

Diante desse contexto, uma questão fundamental no que se refere ao consumo no âmbito do sistema financeiro diz respeito à ampliação da oferta de produtos e serviços realmente adequados a cada indivíduo, bem como à promoção e ao uso consciente de tais recursos.²⁶ O exercício efetivo da inclusão financeira apenas se realiza com a legítima observância de princípios consumeristas por parte das instituições financeiras.

Segundo o Banco Central, no Relatório de Cidadania Financeira no ano de 2021²⁷, lidar com as dificuldades inerentes aos cidadãos que têm diferentes níveis de compreensão sobre produtos e serviços representa um desafio normativo ao mercado bancário. Essa questão agrava-se diante da complexidade da usabilidade de tais serviços no âmbito virtual.

Além da tutela consumerista, já incorporada ao ordenamento jurídico dos mais variados países, a vulnerabilidade do consumidor em compreender e utilizar de maneira vantajosa serviços financeiros dos mais variados graus de complexidade e características também está merecendo atenção normativa. O assunto, inclusive, vem

²⁴ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 11.

²⁵ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 11.

²⁶ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 19.

²⁷ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 19.

ganhando destaque na agenda mundial de supervisão de condutas bancárias.²⁸

De acordo com o Banco Central, em que pese se reconheça uma vulnerabilidade intrínseca às relações de consumo, características pessoais como idade, renda e escolaridade, além de elementos de ordem comportamental e subjetivos como níveis de endividamento e habilidade ou maturidade digital devem ser mapeados como prováveis vulnerabilidades adicionais. Tais condições deverão pautar a gestão das políticas de relacionamento com clientes de cada instituição, conforme disposto na Resolução CMN n. 4.539, de 2016.²⁹

Nesse sentido, a Federação Brasileira de Bancos institui o normativo de relacionamento com os consumidores potencialmente vulneráveis, no âmbito do Sistema de Autorregulação Bancária. O normativo estabelece princípios e regras a serem adotados pelas instituições signatárias, inclusive com a previsão de sanções pela inobservância das disposições nele contidas.³⁰

O normativo da Febraban tem como escopo fixar diretrizes e procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos padrões de qualidade e serviços das instituições financeiras no relacionamento com os consumidores considerados potencialmente vulneráveis. Estes compreendidos a partir de características e circunstâncias como: bancarização, capacidade civil, existência de deficiência física ou mental, existência de doença grave, grau de endividamento, escolaridade ou baixa alfabetização, maturidade digital, idade, renda,

²⁸ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 20.

²⁹ CMN. **Resolução n. 4.539, de 24 de novembro de 2016**. Dispõe sobre princípios e política institucional de relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50293/Res_4539_v1_O.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

³⁰ FEBRABAN. **Normativo SARB 024/2021**. Disponível em: https://cmsarquivos.autoregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20de%20Relacionamento%20com%20o%20Consumidor%20Potencialmente%20Vulner%C3%A1vel%20-%20aprovada%20CAR%2031_03_21.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

conhecimento financeiro e do idioma e situações de vulnerabilidade social.³¹

De acordo com o Banco Central do Brasil³², a identificação dessas vulnerabilidades poderá oportunizar ações por parte das instituições financeiras como o desenvolvimento de equipes especializadas em atendimento de clientes com vulnerabilidades elevadas. Assim como soluções virtuais com menus de opções mais fáceis e cuidados intensivos com a transparência no momento da oferta de produtos e serviços podem ser determinantes na construção de relacionamentos verdadeiramente equitativos e transparentes.³³

Trata-se de importante iniciativa do setor, sobretudo diante do acelerado processo de digitalização ocorrido em razão da pandemia. A efetivação dos direitos consagrados pela legislação consumerista demanda atuação ativa das instituições financeiras, de modo a garantir que as operações realizadas no âmbito do sistema financeiro sejam de fato transparentes e seguras aos consumidores.

O baixo nível de letramento virtual e financeiro dos consumidores traz a potencialidade de agravar a vulnerabilidade dos consumidores impondo prejuízos a esse público. É de fundamental importância, portanto, que os consumidores estejam verdadeiramente conscientes dos atores envolvidos em uma contratação virtual, e bem informados quanto ao produto adquirido, suas obrigações, termos e condições do negócio. É imperativo, portanto, que instituições financeiras promovam essas condições, agindo de maneira ativa e transparente de modo a mitigar potenciais vulnerabilidades.

³¹ FEBRABAN. **Normativo SARB 024/2021**. Disponível em: https://cmsarquivos.autoregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20de%20Relacionamento%20com%20o%20Consumidor%20Potencialmente%20Vulner%C3%A1vel%20-%20aprovada%20CAR%2031_03_21.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

³² BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 20.

³³ BACEN. **Relatório de Cidadania Financeira, 2021**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 20.

5 Considerações finais

As medidas de restrição de circulação de pessoas impostas em razão da pandemia pelo coronavírus são tidas como vetores do processo de digitalização ocorrido no período. No setor bancário, essa tendência ficou demonstrada a partir do aumento da utilização de canais digitais pelos consumidores e do crescimento da abertura de contas de forma virtual.

Em que pese o crescimento da adoção de soluções virtuais seja comemorado por caracterizar a aceleração de uma tendência já em curso, impõe-se analisar o processo de digitalização com a consciência de que esse movimento abrange consumidores com baixa educação digital e financeira e representou o ingresso de consumidores com nenhum contato prévio com o Sistema Financeiro Nacional.

Tal perspectiva é fundamental, uma vez que as contratações bancárias já possuem um grau de complexidade a elas inerentes, e que tais dificuldades tendem a agravar-se em ambiente virtual. A simplicidade para a contratação em ambiente virtual pode ocultar uma complexa relação jurídica, cujos agentes econômicos envolvidos e as próprias condições do negócio não sejam adequadamente identificados pelo consumidor.

Nesse sentido impõe-se que instituições financeiras adotem estratégias assertivas destinadas a mitigar essas vulnerabilidades agravadas pela contratação on-line. Ciente dessa necessidade, a Federação Brasileira de Bancos criou o normativo Sarb n. 24/2021, destinado a determinar que instituições financeiras adotem procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos padrões de qualidade e serviços das instituições financeiras no relacionamento com os consumidores considerados potencialmente vulneráveis.

O mapeamento de vulnerabilidades e a realização de ações afirmativas pelas instituições financeiras para mitigá-las é de suma importância para que os consumidores, de fato, desfrutem dos benefícios do acesso ao sistema financeiro, ao crédito e de sua cidadania

financeira. As ações promovidas pela federação dos bancos reforçam princípios e diretrizes previstas pelo Código de Defesa do Consumidor como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o princípio da informação e transparência, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da confiança.

Referências

BACEN. **Instituições de pagamento**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/instituicaoopagamento>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BACEN. Relatório de Cidadania Financeira, 2021. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/RIF/Relatorio_de_Cidadania_Financeira_2021.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73.

CARDOSO, Letycia. Digitalização bancária trazida pela pandemia veio para ficar; instituições investem em tecnologia e fecham agências. **EXTRA**. 2021. Disponível em <https://extra.globo.com/economia-e-financas/financas/digitalizacao-bancaria-trazida-pela-pandemia-veio-para-ficar-instituicoes-investem-em-tecnologia-fecham-agencias-rv1-1-25257848.html>. Acesso em: 20 dez. 2021.

CMN. **Resolução n. 4.539, de 24 de novembro de 2016**. Dispõe sobre princípios e política institucional de relacionamento com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50293/Res_4539_v1_O.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

DELOITTE. **Pesquisa Febraban de tecnologia bancária 2021**. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/docu->

mentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

ECONOMIA. Pandemia acelera o setor dos bancos digitais. **ESTADÃO**. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pandemia-acelera-o-setor-dos-bancos-digitais,70003862491>. Acesso em: 20 dez. 2021.

FEBRABAN. **Normativo SARB 024/2021**. Disponível em: https://cmsarquivos.autoregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/Normativo%20de%20Relacionamento%20com%20o%20Consumidor%20Potencialmente%20Vulner%C3%A1vel%20-%20aprovada%20CAR%2031_03_21.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

FIORI, Diniz. E-commerce cresce, mesmo durante a pandemia. **ABCOMM**. 2020. Disponível em: <https://abcomm.org/noticias/e-commerce-cresce-mesmo-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

IPA. Innovations for Poverty Action. Financial Inclusion Program Brief. **Beyond the Classroom: Evidence on New Directions in Financial Education**. Janeiro/2017. Disponível em: <https://www.poverty-action.org/sites/default/files/publications/Beyond-the-Classroom-Financial-Education-Brief.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. v. 2, p. 827-884, 2011.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Auxílio Emergencial**. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/servicos/auxilio-emergencial>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. v. 3. n. 2, p. 62-81, jul.-dez. 2017.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16-17.

Assédio para o consumo e crédito consignado: perspectivas e desafios para a sociedade pós-pandêmica

Thiago Schlottfeldt Nascimento Da Cas¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A pandemia e a alteração das relações de consumo. 3 O assédio para o consumo e o crescimento do crédito consignado. 4 Perspectivas e desafios para a sociedade pós-pandêmica. 5 Conclusão. Referências.

1 Introdução

A pandemia da covid-19, crise sem precedentes na história recente, fez da incerteza um sentimento generalizado em consumidores e fornecedores, atuando como espécie de ruptura paradigmática no comportamento da sociedade de consumo, que, para além da crise sanitária provocada, viu seus consumidores alterarem suas preferências, escolhas e modo de consumo. Palavras como *lockdown*, isolamento social e quarentena passaram a fazer parte do cotidiano de todos, fazendo surgir expressões como novo normal, criando o sentimento de que era preciso se reinventar para seguir adiante.

A partir disso, o presente artigo demonstrará a alteração da sociedade de consumo, consubstanciada nas modificações das relações consumeristas, impactando, diretamente, as escolhas dos consumidores, realocando preferências e prioridades, adaptando-se a uma

¹ Advogado. Graduado pela Universidade Franciscana. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: dacasthiago@gmail.com

nova realidade que exteriorizou a necessidade de se ter, ainda que de forma tímida, um planejamento econômico, mesmo que a sociedade consumerista viva em prol do crédito, influenciados pelo assédio de consumo que vende felicidade em cada novo invólucro despido.

Por fim, abordar-se-ão as perspectivas e desafios que se avizinham na sociedade pós-pandêmica, que entabulou contratos de crédito consignado em patamares superiores aos anos que se passaram. A metodologia que se adotará privilegia o método indutivo, pois parte de dados particulares baseados na observação das pactuações de contratos de crédito consignado e a técnica de pesquisa que se seguirá é a bibliográfica.

2 A pandemia e a alteração das relações de consumo

Na cidade de Wuhan, China, em dezembro de 2019, foi descoberto um novo vírus, letal, não demorando muito para que, por meio da circulação internacional de pessoas, o vírus se propagasse por todos os continentes, em uma velocidade de transmissão assustadora. Por esse motivo, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou emergência de saúde pública de caráter internacional, culminando, em 11 de março do supracitado ano, com o reconhecimento da pandemia, nominando-o de SARS-Cov-2, variante do coronavírus, causando a doença chamada covid-19.

Para além da crise sanitária provocada pela pandemia, culminando com milhões de mortes em todo o mundo, a mesma trouxe consigo a crise econômica, alterando as relações interpessoais, trabalhistas e de consumo, expondo, ainda mais, as agruras das vulnerabilidades dos consumidores, se não, potencializando algumas delas, de modo que os consumidores, rapidamente, tiveram que lidar com o analfabetismo digital, preços abusivos de produtos de primeira necessidade, publicidade abusiva, negociação e renegociação de serviços financeiros, cancelamento de viagens terrestres e de bilhetes aéreos, reservas de hotéis e demais serviços na área de turismo.

Assim, passaram a vivenciar, em um período de inúmeras incertezas, diversas modificações nas relações consumeristas, impactando, diretamente, as suas escolhas, realocando preferências e prioridades, adaptando-se a uma nova realidade que exteriorizou uma ruptura paradigmática na vida cotidiana e consumerista até então experimentada. De igual modo, as empresas também tiveram que se adaptar à nova realidade vivenciada, implicando alterações estruturais e cuidados com a saúde e segurança do consumidor, fornecimento de produtos e serviços no formato *delivery*, migrando a totalidade ou quase totalidade de suas atividades para o *e-commerce*, ante a necessidade de não encerramento de seus negócios.

Estudo realizado pelo Sebrae² mostra que as prioridades dos consumidores se alteraram drasticamente com a chegada da sociedade pandêmica, crescendo o interesse por produtos para a manutenção geral da saúde e bem-estar, priorização de produtos essenciais para a contenção do vírus, saúde e segurança pública, aumento do consumo de alimentos e compras de viagens restritas, impulsionados pela angústia e necessidade de adaptação ao novo mercado de consumo. Ao mesmo tempo, a avalanche do acesso ao *e-commerce*, motivada pela procura de produtos e serviços *on-line*, também envolveu a todos os consumidores, demonstrando as disparidades do analfabetismo digital, bem como o próprio fornecimento e acesso aos serviços de telecomunicações, colocando em evidência diversas preocupações, dentre elas, a proteção de dados dos consumidores e privacidade, acesso à solução de conflitos e ressarcimento, fraudes, publicidade abusiva e a própria existência de canais de comunicação e reclamação idôneos³.

² SEBRAE. Estudo mostra novo comportamento do consumidor diante da pandemia. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/estudo-mostra-novo-comportamento-do-consumidor-diante-da-pandemia>. Acesso em: 1 dez. 2021.

³ VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Covid-19 e Direito do Consumidor: desafios atuais e perspectivas para o futuro. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 135. ano 30. p. 103-124. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2021. p. 105.

De acordo com a Global Webex Index⁴, mundialmente, um terço dos consumidores relatou ter efetuado mais compras *on-line* durante o período pandêmico, ou seja, os consumidores que estavam habitualmente acostumados a realizar compras de forma presencial não tiveram alternativa senão migrar para o comércio eletrônico. No mesmo sentido, a Organização Mundial do Comércio⁵ relatou o aumento na procura de produtos eletrônicos, alimentos, suprimentos médicos e utensílios domésticos.

O que ficou nítido no período pandêmico foi a sensação de ansiedade e incerteza vivenciada pelos consumidores, fazendo com que emergisse uma necessidade de resgate de autocontrole sobre os aspectos que circundam a vida, devido à hipervulnerabilidade experimentada, trazendo à tona algumas preocupações que se refletiram no mercado de consumo. De acordo com o sítio Mercado e Consumo⁶, entre tantas certezas e preocupações genuínas, nasceu uma necessidade de busca de positividade e esperança quanto ao futuro melhor, traduzindo-se em um consumo ativista, a partir da autoconscientização dos consumidores de influenciar o ambiente e poder fazer parte da solução, com engajamento mais forte em causas sociais e de cobrança de mais ação por parte das empresas, uma vez que os consumidores querem ter mais do que um produto ou serviço, mas, sim, um motivo para consumi-los. De igual modo, os consumidores estão buscando, na sociedade de consumo, conforto no que é estável, previsível e seguro, como reflexo de um desejo latente de estabilidade e segurança, traduzindo-se em uma motivação cautelosa quanto ao consumo, assumindo uma mentalidade recessiva, impactando até mesmo a taxa de abandono de “carrinhos de compra” no *e-commerce*.

⁴ GLOBAL WEB INDEX. **Access the world's most insightful consumer data.** Disponível em: www.globalwebindex.com/data. Acesso em: 2 dez. 2021.

⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **WTO report looks at role of e-commerce during the Covid-19 pandemic.** Disponível em: www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_04may20_e.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

⁶ MERCADO E CONSUMO. **O que esperar do consumidor pós-pandemia.** Disponível em: <https://mercadoeconsumo.com.br/2021/03/26/o-que-esperar-do-consumidor-pos-pandemia>. Acesso em: 3 dez. 2021.

Há que se destacar, também, a revalorização do relacionamento entre consumidores e fornecedores, pois as dificuldades naturais de acesso aos fornecedores para a solução de problemas acentuaram-se no período pandêmico, de modo que uma série de contratos de consumo deixaram de poder ser cumpridos. Entretanto, para além do cumprimento ou não, muitas vezes por impossibilidade albergada por lei, sublinha-se o modo como essas dificuldades foram compartilhadas entre consumidores e fornecedores. O nível de informação e cuidado dos fornecedores com os deveres anexos, decorrentes da boa-fé, revalorizam as relações de consumo. Frente às dificuldades, a agilidade nas respostas, o cumprimento de prazos acordados, os esforços para reduzir as adversidades decorrentes da impossibilidade de prestar, bem como a mais básica cortesia no relacionamento, são diferenciais que se sobressaíram no período pandêmico. *Pari passu*, o sentido contrário também é verdadeiro, ou seja, fornecedores que deixaram de cumprir, albergados ou não por mandamentos legais, seja o dever principal, sejam deveres anexos, decorrentes da boa-fé, não apenas cometeram danos aos consumidores, como, também, comprometeram sua reputação para o futuro. Assim, ocorrer problemas na relação de consumo é inerente ao fornecimento de produtos e serviços, a alteração, carregada pela pandemia, fica por conta do modo como os fornecedores lidam com as adversidades frente aos consumidores⁷.

Outra alteração nas relações de consumo, vivenciada na sociedade pandêmica, ocorreu no setor financeiro. Os consumidores que não estavam habituados a utilizar serviços financeiros *on-line* também foram obrigados a se adaptar durante a quarentena obrigatória, resultando em um aumento de pagamentos “sem contato”, pagamento *on-line* de serviços públicos e empréstimos, seja pela falta de opção, seja pelo aumento do chamado *consumer trust*. De tudo

⁷ MIRAGEM, Bruno. **O direito do consumidor pós-pandemia**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/garantias-consumo-direito-consumidor-pos-criese-covid-19>. Acesso em: 4 dez. 2021.

isso, engana-se quem pensa que o assédio para o consumo foi deixado de lado na sociedade pandêmica, caminhando lado a lado com o aumento do crédito consignado, tema que passaremos a tratar no próximo tópico.

3 O assédio para consumo e o crescimento do crédito consignado

Apesar de regrado há mais de seis décadas, pois desde 1950 a Lei n. 1.046 trata do tema, ainda que em menor extensão do que o faz o mandamento legal atual, foi somente no início de 2004 que o crédito consignado ganhou contornos relevantes e passou a ser tão festejado pelas instituições financeiras, garantindo o mecanismo de acesso pela autorização irrevogável de desconto do valor mutuado, em parcela única ou em diversas prestações, na folha de pagamento ou na conta em que os consumidores recebem suas aposentadorias, pensões ou outras rendas similares. Dentre as escolhas mais relevantes para o sucesso dessa modalidade, está a criação do programa Bolsa-Família, o primeiro aumento relevante do salário mínimo e a oferta de crédito a dezenas de trabalhadores, aposentados e pensionistas que esperavam pacientemente pela oportunidade de obter dinheiro a baixo custo⁸.

É inegável que as medidas autorizadoras do crédito consignado, advindas com a Lei n. 10.820/2003, buscaram facilitar o acesso ao crédito e, por um lapso temporal, sendo irrelevante apontar precisamente o tempo transcorrido, aumentaram a renda média dos brasileiros, permitindo que inúmeros consumidores, para além das agruras da vida cotidiana, pudessem realizar pequenos prazeres, promovendo, também, a cidadania para aqueles que até então somente eram contabilizados quando realizadas pesquisas sobre a pobreza, a miséria e a fome. Sob essa ótica, não se pode demonizar o crédito,

⁸ CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 87, p. 125-149, São Paulo, Ed. RT, maio/jun. 2013. p. 128.

principalmente quando compreendido como uma das vias hábeis a conduzir o consumidor aos bens necessários para a exteriorização da dignidade, valor constitucionalmente assegurado, figurando como uma ponte apta a levar à efetivação de direitos fundamentais como alimentação, moradia, educação, segurança e lazer.

Por outro lado, a sociedade pandêmica colocou luzes claras na efervescência de aspectos — há muito vivenciados pelos consumidores — ressaltando a realidade social e caótica, na qual estamos todos imersos, corroborando as inúmeras críticas já suscitadas pelos doutrinadores consumeristas, como, por exemplo, a ausência de identificação, no caso concreto, do valor máximo a ser descontado do salário, aposentadoria ou pensão e a condução da publicidade que versa sobre crédito consignado, consubstanciada no assédio para o consumo.

Sobre o primeiro aspecto, importa referir que a cláusula que autoriza a retenção de parte do salário, pensão ou aposentadoria, junto à folha de pagamento do consumidor, será sempre considerada lícita quando respeitar o teto legalmente autorizado, deixando de fora a observância de quem é o consumidor que aderiu àquelas cláusulas avançadas em um contrato de adesão, ignorando que, no Estado Democrático de Direito, a igualdade substancial há de ser verificada junto à casuística de cada relação efetivamente entabulada. Assim, a regra geral que versa sobre o assunto não possui a elasticidade necessária para resistir à tensão pulsante dos fatos que permeiam cada cena da vida real, como os experimentados na sociedade pandêmica, desprezando, dentre outros aspectos, o número de dependentes que vivem às expensas do devedor-consumidor, as necessidades existenciais de cada um, bem como a faixa de renda mensal, de modo que famílias que sobrevivem com até dois salários mínimos não possuem condição de comprometer mais do que 10% de seus rendimentos com pagamento de empréstimos, embora, paradoxalmente, estejam

entre as que mais necessitam do empréstimo consignado e, portanto, recorram a ele⁹.

O segundo aspecto tem por premissa a constatação de que o discurso publicitário, inegavelmente, instaura, induz e legitima novas práticas e comportamentos sociais, criando desejos nunca antes sentidos, exteriorizados na prática de assédio para o consumo, que pressiona o consumidor, de modo a influenciar, paralisar ou impor sua decisão de consumo, explorando emoções, medos, confiança em relação a terceiros, abusando o fornecedor da sua condição de *expert*, bem como de circunstâncias especiais do consumidor. Assim, na sociedade de consumo dita *standard*, o assédio para o consumo é calcado na necessidade de inculcar necessidades e criar desejos, estimulando as compras, de modo que não possuir o objeto de desejo promove reações furtivas e, conseqüentemente, pensamentos e sentimentos doentios e incontroláveis¹⁰.

Lipovetski¹¹ já alertava que, em se tratando da busca do prazer, o mais importante não é o preço da coisa, mas a mudança que ela pode provocar na rotina dos consumidores, sendo o consumo uma ocasião propícia para a renovação da existência da vida cotidiana, capaz de arejar e rejuvenescer a atmosfera daquilo que se experimenta habitualmente. No mesmo sentido, Baudrillard¹² leciona que as promessas de felicidade, contidas no mesmo invólucro que embala o objeto, podem amenizar, ainda que momentaneamente, a ansiedade, que parece corroer a alma, disparando a narcose dos sentidos, tornando menos insuportáveis existências vãs disseminadas na sociedade de consumo.

⁹ CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 87, p. 125-149, São Paulo, Ed. RT, maio/jun. 2013. p. 131.

¹⁰ BASAN, Arthur Pinheiro; JACOB, Muriel Amaral. Habeas Mentis: a responsabilidade civil como garantia fundamental contra o assédio de consumo em tempos de pandemia. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, p. 161-189, maio/ago., 2021. p. 171.

¹¹ LIPOVETSKI, Gilles. **A sociedade da decepção**. Barueri: Editora Manole, 2007.

¹² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 2011. p. 23.

Há inegáveis casos em que a publicidade deveria ser sancionada diante da sua antijuridicidade, uma vez que a vulnerabilidade, princípio fundante do microsistema consumerista, possui como pilar a busca do equilíbrio e harmonização das relações de consumo, obtendo-se por meio do uso adequado do direito de escolha, a partir de prazos nos quais o consumidor pode refletir e desistir do negócio avançado, bem como o direito à informação. Assim, devem ser qualificadas como contrárias ao Direito todas as mensagens publicitárias nas quais a ausência de clareza, a imprecisão da linguagem ou a insuficiência das informações conduzam à ausência de elementos mínimos para o desvelar da relação de consumo. Como exemplo prático, cita-se o caso da publicidade capitaneada pela Febraban, em meio ao período pandêmico, que, em março de 2020, anunciou a prorrogação de dívidas de clientes pessoas físicas ou micro e pequenas empresas com os cinco maiores bancos do país, por até 60 dias. Por meio de Ação Civil Pública, a justiça determinou que houvesse a correção da mensagem veiculada, com a explicação de forma clara e precisa para os consumidores sobre qual produto estava sendo ofertado, as diferenças entre prorrogação e renegociação, assim como o destaque se no período de prorrogação ou renegociação da dívida haveria a incidência de juros e demais encargos¹³.

Assim, na sociedade pandêmica, o assédio de consumo, por meio da publicidade dirigida, voltou-se para a propagação da necessidade de contratação de empréstimo consignado — ainda que efetivamente muitos consumidores necessitassem —, abusando do apelo emocional e da situação de hipervulnerabilidade vivenciada pelos consumidores, sem se olvidar da incidência mais contundente dos chamados “acidentes da vida cotidiana”, ante as infindáveis incertezas que se apresentaram, por meio do uso recorrente do impera-

¹³ O GLOBO. **Bancos terão que refazer publicidade sobre postergação de financiamento na pandemia.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/bancos-terao-que-refazer-publicidade-sobre-postergacao-de-financiamento-na-pandemia-24446933>. Acesso em: 10 de dezembro de 2021.

tivo verbal “você precisa”, mensagens essas dirigidas a consumidores que olham e não enxergam, leem e não compreendem, expondo-os a injustificadas situações de riscos. Dessa forma, pode-se constatar o aumento de 113% na procura por crédito consignado, de 2020 em relação a 2019, disparando, também, o número de reclamações dos consumidores, chegando ao patamar de 179% no mesmo período apontado anteriormente, possuindo como principais fatores a dificuldade de parcelar e renegociar dívidas, a ausência de informações básicas e o assédio dos bancos e instituições financeiras com produtos e serviços, sobretudo com concessão de crédito¹⁴.

Os parágrafos percorridos até aqui permitem aferir que a felicidade, obnubilada e confundida com o prazer momentâneo de adquirir signos e significados consubstanciados em produtos e serviços, inculcados por meio de pseudonecessidades, restaram alterados com a sociedade pandêmica, pois os consumidores se viram obrigados a rever suas necessidades e alterar suas escolhas na sociedade de consumo, socorrendo-se do crédito consignado para adquirir produtos de primeira necessidade, de modo que o acesso fácil ao crédito, outrora explorado pelo assédio para o consumo fugaz, apresentou suas consequências mais nefastas no período pandêmico.

4 Perspectivas e desafios para a sociedade pós-pandêmica

Ao se abrir o ano de 2021, a população brasileira foi brindada com a notícia de que a vacina para a covid-19 estava chegando ao território nacional, sendo que, em 17 de março, a primeira pessoa foi vacinada, permitindo que se avizinhasse a sociedade pós-pandêmica, ainda que muitas incertezas pairassem sobre o ar. A sociedade de consumo pós-pandêmica passou então a se delinear com cerca de

¹⁴ IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Saldo de um ano de pandemia: reclamações contra instituições financeiras disparam.** Disponível em: <https://idec.org.br/release/saldo-de-um-ano-de-pandemia-reclamacoes-contra-instituicoes-financeiras-disparam>. Acesso em: 11 de dezembro de 2021.

60 milhões de brasileiros inadimplentes e 30 milhões de superendividados¹⁵.

Em meio às incertezas que a pandemia trouxe consigo e já ao caminhar da sociedade para a pós-pandemia, na data de 1º de julho de 2021, foi aprovada a alteração do Código de Defesa do Consumidor por meio da Lei n. 14.181/2021¹⁶, insculpindo a prevenção e tratamento do superendividamento, possuindo como destaque, no âmbito preventivo, a alteração aos artigos 4º, 5º e 6º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo e sua execução e dos direitos básicos dos consumidores, asseverando sobre o fomento de ações visando à educação financeira dos consumidores, a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor, assegurando a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural, bem como a instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos do superendividamento e a garantia de práticas de crédito responsável. Já no que tange ao tratamento do superendividamento, houve a previsão do processo de repactuação de dívidas, por meio do artigo 104, no qual é realizada audiência conciliatória, presidida por juiz de direito 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. No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

Entretanto, houve o veto integral ao artigo 54-E, da mesma Lei citada anteriormente, que estabelecia limites ao crédito consignado

¹⁵ IDEC, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Saldo de um ano de pandemia: reclamações contra instituições financeiras disparam**. Disponível em: <https://idec.org.br/release/saldo-de-um-ano-de-pandemia-reclamacoes-contrainstituicoes-financeiras-disparam>. Acesso em: 11 de dezembro de 2021.

¹⁶ BRASIL. **Lei 14.181/2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2021

em trinta por cento da remuneração mensal líquida, bem como uma série de consequências para o fornecedor que desrespeitasse a margem, dentre elas a revisão do contrato, bem como a ampliação do direito de arrependimento para esse tipo de contrato, mesmo contratado na forma presencial. O motivo do veto foi o fato de que a previsão insculpida no citado artigo contraria interesse público ao restringir de forma geral a trinta por cento o limite da margem de crédito, pois a restrição generalizada do limite de margem do crédito consignado reduziria a capacidade de o consumidor acessar modalidade de crédito, cujas taxas de juros são, devido à robustez da garantia, inferiores a outras modalidades, forçando o consumidor a assumir dívidas mais custosas e de maior dificuldade de pagamento. Para além do veto, restou aprovada a Lei n. 14.131/2021, datada de 31 de março de 2021, aumentando para 40% a margem de crédito consignável¹⁷.

A limitação da margem consignável auxilia diretamente na prevenção ao superendividamento, já que estabelece patamar proporcional para o empréstimo ou financiamento, deixando incólume o restante da folha de pagamento, ou seja, o mínimo existencial ou mínimo vital, a depender do caso. Está-se diante da “cultura da proporcionalidade” sempre levada a efeito na promoção dos vulneráveis. Dessa forma, mais que demonstrado que o Direito do Consumidor construiu, a partir da doutrina, legislação e jurisprudência, a referência sólida ao princípio da proporcionalidade, altamente propositivo na redação contida no art. 54-E como prevenção ao superendividamento e que, a todos os olhos, foi propositadamente esquecido. Ao seu tempo, a vigência da Lei n. 14.131/21, que vigorará até 31/12/2021, não incidiria em conflito normativo, porque a margem consignável da Lei n. 14.181/21 é permanente e para o futuro, mostrando-se, o veto ao artigo, a total dissonância do legislador com as

¹⁷ BRASIL. **Lei 14.131/2021**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14131.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2021.

agruras vivenciadas pelos consumidores e com a realidade fática que já assola os brasileiros com a chegada da sociedade pós-pandêmica¹⁸.

Ainda, o veto ao artigo 54-E gerou reflexo no direito de arrependimento que possui como função precípua considerando a qualidade e a quantidade do contrato que pactuará e que, inicialmente, não possui condições de avaliar cotejando o objeto contratual com as consequências que daí advirão. Nas razões do veto, sequer a abordagem a este ponto que permitiria a desistência ainda que contratado de forma presencial, resguardando, em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, a vulnerabilidade dos consumidores, prevenindo situações de riscos futuros no que tange ao superendividamento, sendo resposta concreta ao assédio para o consumo.

Ao caminhar para a sociedade pós-pandêmica, há que se referir a imensa massa de consumidores que não tiveram alternativas senão migrar para o *e-commerce*, realizando desde as compras mais básicas até a contratação de crédito consignado, sendo reféns das publicidades virtuais e do assédio para o consumo, ferindo o recente artigo 54-C, do Código de Defesa do Consumidor, publicidades essas cada vez mais apelativas, agressivas e emocionais, deixando os consumidores mais distantes da vontade consentida, racional e refletida, permanecendo dia após dia tarefa árdua navegar na rede social sem ser importunado por publicidades não solicitadas que alastram o assédio para o consumo e induzem à contratação do crédito como forma de solução dos problemas apresentados. Oportuno ressaltar que, no ambiente virtual, espaço público, também há o direito de os consumidores não serem importunados, pois, para além da vida real, de contato físico com outras pessoas, também há a vida virtual, que irradia seus efeitos para a presencial, revelando-se merecedora de tutela jurídica, pois a tutela de direitos fundamentais é necessária para

¹⁸ MARTINS, Fernando; LIMA, Clarissa Costa de; MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; VIAL, Sophia Martini; MARQUES, Cláudia Lima. **Os vetos parciais sobre a Lei 14.181/2021 e a necessidade de promoção suficiente dos superendividados**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350922/os-vetos-parciais-sobre-a-lei-14-181-21>. Acesso em 12 de dezembro de 2021

impedir que o avanço tecnológico viole o direito dos consumidores de usufruírem da internet sem sofrer assédio para o consumo.

Contudo, tornou-se tarefa fundamental pensar nas mudanças provocadas pela covid-19 na sociedade de consumo, tendo os consumidores se adaptado a novas formas de interação, comunicação e, portanto, de hábitos de consumo. Nesse sentido, no que tange ao crédito, está a de antecipação do futuro, pois, nas lições de Miragem¹⁹, quem “compra a crédito”, ou simplesmente “toma crédito”, dispensa o tempo da poupança e para logo despende, suportando os juros. A sociedade de consumo se apoia no crédito, afinal há o estímulo que se consuma o que não se tem, de imediato, recursos para adquirir. O dinheiro que afinal sustenta o crédito é, geralmente, tempo do trabalho do consumidor. Resta saber se essa nova relação com o tempo pode estimular o crédito responsável, tanto como comportamento dos polos da relação de consumo como de observância da alteração do Código de Defesa do Consumidor, que assegura essa premissa, instigando os fornecedores, ansiosos pelo ritmo da retomada da venda de produtos e serviços do período pré-pandêmico, a manter comportamento de equilíbrio nas relações de consumo, não contribuindo para a facilitação do acesso ao crédito, o que poderá gerar uma nova onda de inadimplementos, repetindo o curso da história.

Além disso, mostra-se necessária a alfabetização financeira dos consumidores, como forma de tentar dirimir o abismo existente entre quem oferta o crédito e quem contrata o crédito, para além das espécies de vulnerabilidades existentes, tornando os consumidores sabedores dos riscos e das consequências advindas da contratação de crédito consignado, envolvendo-os como sujeitos ativos do controle financeiro de suas próprias vidas, de modo que se tenha uma contratação refletida, racional e consentida, não se utilizando o crédito como extensão de seus proventos, deixando a sua contratação para

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **O direito do consumidor pós-pandemia**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/garantias-consumo-direito-consumidor-pos-crise-covid-19>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

momentos de reais necessidades, uma vez que poupar, ainda que com todas as agruras da vida cotidiana dos consumidores, pareça-lhes a forma menos arriscada de não se tornar um (super)endividado.

Ao findar deste tópico, ressalta-se que não se quer de maneira alguma demonizar o crédito, por meio da concessão do crédito consignado, pois necessário em uma sociedade de consumo, especialmente para as classes menos favorecidas economicamente, de modo que crédito e endividamento são facetas de uma mesma moeda, mas, sim, que os fornecedores observem, mais do que nunca, as práticas de crédito responsável, pois o crédito possui uma patologia inerente e estrutural que é o superendividamento, podendo chegar a patamares históricos na sociedade pós-pandêmica.

Dessa forma, que a sociedade pandêmica tenha deixado como lição para consumidores e fornecedores que o caminho a ser trilhado, ainda que de lados opostos, é a observância da colaboração, do coletivo, da fraternidade, pois, quando se trata de contrato de consumo, ambos os polos estão sujeitos aos efeitos nefastos da doença e que, mais do que nunca, os consumidores jamais olvidem que o principal bem de uma empresa são seus consumidores, tendo eles, em suas mãos, o poder de escolha, fazendo sucumbir do mercado de consumo aqueles que desrespeitam as diretrizes, princípios e normas insculpidas nos mais de 30 anos de vigência do microssistema consumerista.

5 Conclusão

O presente artigo teve como escopo, primeiramente, demonstrar que a pandemia da covid-19 atuou como espécie de ruptura paradigmática no comportamento da sociedade de consumo, que, para além da crise sanitária provocada, viu seus consumidores alterarem suas preferências, escolhas e modo de consumo. Assim, produtos e serviços destinados aos cuidados da saúde pessoal, diretamente relacionados à casa, sofreram intensa procura, bem como os fornecedores tiveram que migrar rapidamente para o *e-commerce*, uma vez

que, com as medidas de ir e vir impostas pelos governos, milhares de consumidores se viram obrigados a lidar com as compras *on-line*.

Posteriormente, buscou-se analisar o crédito consignado e o assédio para o consumo, de modo que, desde a sua fixação legal, por meio da Lei n. 10.820/2003, este facilitou o acesso ao crédito, aumentando a renda média dos brasileiros, permitindo que inúmeros consumidores, para além das agruras da vida cotidiana, pudessem realizar pequenos prazeres, promovendo, também, a cidadania para aqueles que até então somente eram contabilizados quando realizadas pesquisas sobre a pobreza, a miséria e a fome. Por outro lado, as práticas publicitárias, consubstanciadas no assédio para o consumo, procuram legitimar novos comportamentos, influenciando os consumidores a seguir determinados estilos de vida que criam desejos e incutem necessidades, sendo que, no período pandêmico, houve o aumento da contratação do crédito consignado, valendo-se do período de hipervulnerabilidade vivenciado pelos consumidores.

Por fim, discorreu-se acerca das perspectivas e desafios para a sociedade pós-pandêmica que se avizinha, com a aprovação da Lei n. 14.181/2021, alterando o Código de Defesa do Consumidor, passando a prever a prevenção e tratamento do superendividamento, expressamente delineando a necessidade da prática de concessão de crédito de forma responsável, introduzindo a realização de audiência conciliatória, presidida por juiz de direito 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. Também, referiu-se sobre a imensa massa de consumidores que não tiveram alternativas senão migrar para o *e-commerce*, realizando desde as compras mais básicas até a contratação de crédito consignado, sendo reféns das publicidades virtuais e do assédio para o consumo, ferindo o recente artigo 54-C, do Código de Defesa do Consumidor, publicidades essas cada vez mais apelativas, agressivas e emocionais, deixando os consumidores mais distantes da vontade consentida, racional e refletida.

Assim, ao se caminhar para a sociedade pós-pandêmica, demonstrou-se que o Direito do Consumidor faz-se em proteção da vida, da saúde e da integridade dos consumidores, que somos todos nós, sendo certo que, ante as alterações da sociedade de consumo decorridas com a pandemia, o seu fortalecimento atua como veículo de promoção da pessoa humana no âmbito das relações jurídicas desequilibradas.

Referências

BASAN, Arthur Pinheiro; JACOB, Muriel Amaral. Habeas Mente: a responsabilidade civil como garantia fundamental contra o assédio de consumo em tempos de pandemia. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, p. 161-189, maio/ago., 2021.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 2011.

BRASIL. **Lei n. 14.181/2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.131/2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14131.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Mensagem n. 314 de 1º de julho de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-314.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 87, p. 125-149, São Paulo, Ed. RT, maio/jun. 2013.

GLOBAL WEB INDEX. **Access the world's most insightful consumer data**. Disponível em: www.globalwebindex.com/data. Acesso em: 2 dez. 2021.

IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Saldo de um ano de pandemia:** reclamações contra instituições financeiras dispararam. Disponível em: <https://idec.org.br/release/saldo-de-um-ano-de-pandemia-reclamacoes-contrainstituicoes-financeiras-dispararam>. Acesso em: 11 dez. 2021.

IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Cresce o número de endividados:** saiba organizar as finanças. Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/cresce-numero-de-endividados-saiba-organizar-financas>. Acesso em: 11 dez. 2021.

LIPOVETSKI, Gilles. **A sociedade da decepção**. Barueri: Editora Manole, 2007.

MARTINS, Fernando; LIMA, Clarissa Costa de; MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; VIAL, Sophia Martini; MARQUES, Cláudia Lima. **Os vetos parciais sobre a Lei 14.181/2021 e a necessidade de promoção suficiente dos superendividados**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/350922/os-vetos-parciais-sobre-a-lei-14-181-21>. Acesso em: 12 dez. 2021.

MERCADO E CONSUMO. **O que esperar do consumidor pós-pandemia**. Disponível em: <https://mercadoeconsumo.com.br/2021/03/26/o-que-esperar-do-consumidor-pos-pandemia>. Acesso em: 3 dez. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **O direito do consumidor pós-pandemia**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/garantias-consumo-direito-consumidor-pos-crisecovid-19>. Acesso em: 4 dez. 2021.

O GLOBO. **Bancos terão que refazer publicidade sobre postergação de financiamento na pandemia**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/bancos-terao-que-refazer-publicidade-sobre-postergacao-de-financiamento-na-pandemia-24446933>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SEBRAE. **Estudo mostra novo comportamento do consumidor diante da pandemia.** Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/estudo-mostra-novo-comportamento-do-consumidor-diante-da-pandemia>. Acesso em: 1 dez. 2021.

VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Covid-19 e Direito do Consumidor: desafios atuais e perspectivas para o futuro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 135, ano 30, p. 103-124, São Paulo, Ed. RT, maio/jun. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). **WTO report looks at role of e-commerce during the Covid-19 pandemic.** Disponível em: www.wto.org/english/news_e/news20_e/rese_04may20_e.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

A Lei n. 14.046/2020, seus reflexos no Direito do Consumidor e as perspectivas sobre o cumprimento dos contratos envolvendo os setores de cultura, turismo e eventos no período pós-pandemia

Ana Paula Carvalho Salomone¹

Sumário: 1 Introdução. 2 As modificações trazidas pela Lei n. 14.046/2020 aos direitos dos consumidores, no que se refere aos contratos firmados para aquisição de produtos e serviços relacionados aos setores de cultura, turismo e eventos durante a pandemia da covid-19. 2.1 A busca pelo equilíbrio econômico no enfrentamento dos reflexos da pandemia nas relações de consumo a partir da mitigação temporária de direitos consumeristas. 2.2 O objetivo de preservar os contratos: hipóteses em que o fornecedor não está obrigado a reembolsar os valores adimplidos pelos consumidores. 3 Perspectivas para a execução dos contratos no período pós-pandemia. 3.1 Situações em que a remarcação dos eventos ou a utilização do crédito não se mostram viáveis aos consumidores. 3.2 Análise jurisprudencial e perspectivas para a aplicação da Lei n. 14.046/2020. 4 Considerações finais.

¹ Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; especialista em Direito Civil pela UniRitter; especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; assessora de Juiz de Direito no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

1 Introdução

A pandemia da covid-19 causou mudanças significativas na vida da população mundial, tratando-se de um período de restrições que, desde o seu início, já refletiu um cenário de grave crise econômica nos setores de turismo e cultura. As medidas sanitárias para enfrentamento e contenção da disseminação do vírus impunham o isolamento social, fato que inviabilizou o cumprimento dos contratos de consumo envolvendo turismo, cultura e eventos, que estavam previstos para serem cumpridos a partir de março de 2020. Houve o cancelamento de viagens, pacotes turísticos, festas, palestras, congressos e eventos culturais de toda ordem.

Com a finalidade de evitar um colapso na economia e como forma de garantir auxílio à manutenção das empresas atuantes nos setores de turismo e cultura, foi publicada a Medida Provisória n. 948, em abril de 2020, posteriormente convertida na Lei n. 14.046/2020, caracterizando-se como medidas especiais e temporárias destinadas a regular o cumprimento dos contratos durante o período da pandemia. Essas leis inverteram a lógica de proteção que embasou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, ao mitigar alguns de seus direitos em prol dos fornecedores, afetados drasticamente pelos efeitos das medidas sanitárias para o enfrentamento do coronavírus. Com o objetivo de evitar a resolução dos contratos e os pedidos de reembolso em massa, a lei dispensou os fornecedores de realizarem a devolução dos valores adimplidos pelos contratantes de seus serviços, desde que ofertassem a possibilidade de remarcação dos eventos ou a utilização do valor adimplido como crédito para a aquisição futura de produtos da empresa. Esse é o ponto da lei em que se verifica o principal prejuízo aos consumidores, principalmente se consideradas as situações em que tais alternativas não se mostrem viáveis ou úteis, a exemplo do que ocorre com as comemorações pontuais, como aniversários e formaturas, além de viagens para finalidades específicas.

Ao retirar do consumidor a possibilidade de optar pelo reembolso dos valores pagos, poderá se configurar a onerosidade excessiva, o que, conforme as regras do Direito Civil, daria causa à resolução contratual, merecendo essas situações, portanto, um tratamento diverso daquele previsto na Lei n. 14.046/2020. Ainda que o tema seja recente, já é possível constatar a análise doutrinária e jurisprudencial a respeito.

Para o estudo do tema, o artigo se utilizará de revisão bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, por meio do método dedutivo, para, no primeiro capítulo, analisar as modificações trazidas pela Lei n. 14.046/2020 aos direitos dos consumidores, com foco nos pontos em que esses direitos foram temporariamente mitigados. No segundo capítulo, serão apontadas as peculiaridades constatadas na aplicação da Lei n. 14.046/2020 aos casos concretos, considerando principalmente as hipóteses em que a remarcação dos eventos ou a utilização do crédito não se mostrarem viáveis, com uma análise de como a jurisprudência já tem solucionado esses impasses, a partir do princípio da razoabilidade e das regras de Direito Civil referentes à resolução contratual.

2 As modificações trazidas pela Lei n. 14.046/2020 aos direitos dos consumidores, no que se refere aos contratos firmados para aquisição de produtos e serviços relacionados aos setores de cultura, turismo e eventos durante a pandemia da covid-19

2.1 A busca pelo equilíbrio econômico no enfrentamento dos reflexos da pandemia nas relações de consumo a partir da mitigação temporária de direitos consumeristas

A pandemia da covid-19 afetou drasticamente a maior parte dos setores da economia, ressaltando-se, no que se refere às relações de consumo, os setores de turismo e cultura. As medidas sanitárias estabelecidas pelo Poder Público para conter a disseminação do vírus estavam baseadas no isolamento social, implicando o fechamento de

fronteiras, a redução das operações de viagens aéreas e terrestres e a impossibilidade de realizar eventos que contivessem aglomeração de pessoas. Em junho de 2021, o Ministério do Turismo divulgou uma queda de 59% no faturamento do setor, desde o início da pandemia². O mesmo cenário se reflete nos setores de cultura e eventos. Em pesquisa realizada pelo Sebrae em abril de 2020, constatou-se que 98% do setor foi afetado pelos efeitos da pandemia, sendo que 62,5% dos entrevistados responderam que a redução no faturamento corresponde de 76% a 100%, se comparado a abril de 2019³.

Esse cenário levou o Poder Público a adotar medidas objetivando reduzir os efeitos da grave crise econômica que se instaurava, já no início da pandemia, garantindo auxílio aos empresários atuantes nos setores de turismo e cultura. A partir do Decreto Legislativo n. 6, publicado em março de 2020, o Congresso Nacional decretou o estado de calamidade pública em razão da emergência internacional de saúde pública pelo avanço de contaminações pelo coronavírus, publicando também a Lei n. 13.979/2020, que dispôs sobre medidas gerais para enfrentamento da pandemia. A partir de então, foram publicadas diversas medidas provisórias estabelecendo regramentos específicos para setores determinados, todas com a finalidade de conter os impactos negativos da pandemia e das medidas sanitárias de contenção da disseminação do vírus.

É possível constatar que a conduta adotada pelo Poder Público ao elaborar legislação especial e temporária para regular as relações jurídicas durante o período da pandemia, de certa forma, inverteu a lógica de proteção que embasou a criação do Código de Defesa do Consumidor, pois, ao passo que a legislação consumerista buscou garantir maior proteção aos consumidores, polo vulnerável da

² Governo Federal. Ministério do Turismo. Disponível em: <https://www.gov.br/turismo/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-do-turismo-lanca-revista-com-dados-sobre-impacto-da-covid-19-no-setor>. Acesso em: 8 dez. 2021.

³ SEBRAE. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-impacto-da-pandemia-no-setor-de-eventos,424ba538c1be1710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 8 dez. 2021.

relação jurídica, a fim de garantir equilíbrio, as leis publicadas para regular as relações de consumo durante a pandemia garantem uma maior proteção aos fornecedores, empresários severamente afetados pelos efeitos nefastos das medidas governamentais de enfrentamento do vírus. Analisando o cenário econômico do período e levando em consideração que o Direito do Consumidor não pode ser visto de forma isolada, compreende-se a necessidade de se adotar tal postura, a fim de garantir a própria sobrevivência do mercado de consumo.

Apesar de ainda não ser possível mensurar de forma precisa os efeitos advindos da pandemia do coronavírus, já se constata que tal fenômeno se apresenta como um fator determinante para a modificação da economia mundial, afetando diretamente as relações obrigacionais. As consequências decorrentes do confinamento das pessoas e das medidas adotadas pelo Poder Público para controle da pandemia ensejaram impactos sociais e econômicos que refletem a necessidade de ponderar acerca da exegese das normas, capaz de salvaguardar a sociedade de uma crise maior, de modo que cada um tem que dar sua cota de sacrifício e cooperação, com boa-fé, para o bem comum.⁴

Dentre as medidas provisórias que foram publicadas no período, destaca-se a MP n. 948, datada em abril de 2020 e destinada aos setores de turismo e cultura, a qual foi posteriormente convertida na Lei n. 14.046/2020, em agosto de 2020, objeto deste estudo. Mesmo após sua publicação e entrada em vigor, a Lei n. 14.046/2020 permaneceu sofrendo alterações por outras medidas provisórias e leis, a exemplo do que ocorreu com a MP n. 1.036, datada de março de 2021, alterando seus prazos de aplicabilidade. Essa necessidade de alteração constante está diretamente ligada às incertezas do período

⁴ MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129/2020, p. 47-71, maio-jun./2020. p. 4.

e à ausência de possibilidade de prever concretamente os efeitos da pandemia nas relações jurídicas de consumo.

A Lei n. 14.046/2020 se aplica às hipóteses de cancelamentos ou adiamentos de contratos turísticos envolvendo pacotes de viagens, passeios, hospedagens, além de shows, peças de teatro, festas, congressos e os mais variados tipos de eventos culturais, públicos ou privados, que envolvam a aglomeração de pessoas. O seu âmbito de incidência é expressamente delimitado, tendo em vista que o artigo 2º dispõe que suas determinações são aplicadas aos cancelamentos ou adiamentos de serviços, de reservas de eventos, incluídos shows e espetáculos ocorridos entre o período de 1º.1.2020 a 31.12.2021.

Seus dispositivos demonstram claramente a relativização de alguns direitos dos consumidores, sendo o principal deles a retirada do direito à opção pelo reembolso imediato dos valores pagos de forma antecipada pela contratação de eventos ou serviços que não poderão ocorrer na data aprazada, em razão da pandemia, ponto que, pela sua relevância, será abordado de forma detalhada no próximo tópico do artigo. Essa determinação teve como objetivo impedir que todos os consumidores que houvessem contratado empresas para a organização e produção de eventos, hospedagens, pacotes turísticos, shows, dentre outros, cuja ocorrência estava prevista para acontecer a partir de março de 2020, solicitassem, ao mesmo tempo, o reembolso dos valores antecipados. Essa situação, somada à impossibilidade temporária de comercializar produtos e serviços, configuraria aos fornecedores um obstáculo intransponível à manutenção de suas atividades, causando a falência de diversas empresas.

Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, a regulação do Estado deve visar sempre à eficiência demonstrada pelos princípios econômicos; entretanto, essa eficiência deve objetivar a melhor alocação de recursos pela e para a sociedade, e não para determinados grupos ou pessoas. No contexto da pandemia, a relativização temporária de alguns direitos dos consumidores teve como finalidade a própria proteção da sociedade e da economia, situação que fica

evidente ao considerarmos que os contratos de trabalho estão diretamente relacionados aos contratos de consumo, tendo o desemprego afetado de forma direta diversos consumidores.⁵

A lei também estabeleceu prazos a serem observados pelos consumidores que pretenderem solicitar a remarcação dos eventos ou a utilização dos valores adimplidos como crédito para a aquisição de outros produtos ou serviços da mesma empresa, sob pena de incidência de multas, taxas ou custos adicionais. Os contratantes devem manifestar o seu interesse por uma dessas alternativas em até 120 dias, contados da comunicação do adiamento ou do cancelamento, ou em até 30 dias antes da realização do evento, o que ocorrer primeiro. O parágrafo 3º do segundo artigo da lei ainda prevê que o fornecedor ficará desobrigado de qualquer forma de ressarcimento se o consumidor não fizer a solicitação no prazo estipulado.

Em seu último artigo, dispôs que os cancelamentos e adiamentos ocorridos em razão da pandemia caracterizam hipótese de caso fortuito ou de força maior, e não são cabíveis reparações por danos morais, aplicação de multas ou a imposição das sanções administrativas previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, exceto se caracterizada má-fé do prestador de serviço ou da sociedade empresária. Tal determinação aparenta refletir o objetivo de reduzir as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que possam surgir da análise de situações envolvendo o cumprimento dos contratos de consumo e até mesmo a redução da intenção dos consumidores em buscar o Poder Judiciário para a obtenção de reparação dos danos enfrentados.

Contudo, importante ressaltar que o fato de a pandemia da covid-19 caracterizar hipótese de excludente de responsabilidade civil por caso fortuito ou força maior não exonera o fornecedor de cumprir os deveres anexos do contrato, a exemplo do dever de prestar

⁵ ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do Direito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 132/2020, p. 57-87, nov.-dez./2020. p. 9.

informações claras, adequadas e precisas, assim como de adotar os meios necessários para mitigar os transtornos e prejuízos causados aos consumidores. Em sendo descumpridos os deveres contratuais anexos, poderá haver responsabilização por eventuais danos materiais ou extrapatrimoniais.⁶ Trata-se, portanto, de analisar de forma casuística as situações que envolvem o cancelamento ou o adiamento de serviços e a conduta dos fornecedores em cada caso concreto.

2.2 O objetivo de preservar os contratos: hipóteses em que o fornecedor não está obrigado a reembolsar os valores adimplidos pelos consumidores

Com o objetivo de preservar as relações jurídicas de consumo e os próprios contratos, impedindo a resolução em massa e a consequente necessidade de despender valores jamais previstos pelos empresários dos setores de turismo e cultura a título de reembolsos e demais reparações, uma das principais disposições da Lei n. 14.046/2020 foi a retirada do direito dos consumidores de optarem pelo reembolso imediato dos valores já pagos pela contratação de serviços ou eventos cuja execução na data aprazada se mostrou impossível, em razão dos efeitos da pandemia e das consequentes restrições determinadas pelo Poder Público. Em seu artigo 2º, a lei exime as empresas fornecedoras de reembolsarem os valores pagos pelos produtos e serviços adquiridos e cancelados durante o período de 1º.1.2020 a 31.12.2021, em razão da pandemia, desde que ofertem a remarcação ou a conversão do valor em crédito para utilização futura, em serviços da mesma empresa. Ambas as opções poderão ser utilizadas até o dia 31 de dezembro de 2022. O parágrafo 6º do artigo 2º dispõe expressamente que os prestadores de serviços ou a sociedade empresária deverão restituir o valor recebido ao consumidor, até 31 de dezembro de 2022, somente na hipótese de ficarem impossibi-

⁶ MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 1015/2020, p. 353-363, maio/2020. p. 7.

litados de oferecer a remarcação dos serviços ou a disponibilização de crédito.

Verifica-se, assim, que a opção pelo reembolso não foi dada aos consumidores, ficando tal hipótese restrita à impossibilidade dos fornecedores de ofertarem a remarcação ou a conversão em créditos, mitigando, nesse ponto, as regras de proteção do Direito do Consumidor e também as disposições do Código Civil, no que se refere ao campo do Direito das Obrigações.

Analisando o contexto do surgimento da pandemia, é inegável que esse fenômeno pode ser considerado um fato superveniente e imprevisível, capaz de gerar severos desequilíbrios contratuais e, porventura, tornar as cláusulas excessivamente onerosas, o que pode dar espaço à resolução ou revisão dos contratos de consumo, nos termos de dispositivos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, elaborados com base na teoria da imprevisão⁷. Os desequilíbrios econômicos supervenientes acarretados pela pandemia, causando a quebra da base objetiva do negócio, a impossibilidade da prestação, a onerosidade excessiva ou o inadimplemento antecipado pelo descumprimento iminente, estão a merecer um novo tratamento jurídico, embasado no princípio do solidarismo contratual, dogmaticamente apto a corresponder com a boa-fé objetiva e, sobretudo, para aqueles contratos de longa duração⁸.

Ainda que o objetivo das leis especiais seja viabilizar a manutenção dos contratos, ou seja, priorizar a sua revisão em detrimento da resolução — aqui se pode entender a revisão como uma forma de readequar as condições de cumprimento da obrigação, nos termos do que dispõe a Lei n. 14.046/2020 sobre remarcação ou conversão em crédito —, haverá situações em que a revisão não se mostrará adequada, em razão da impossibilidade superveniente de cumpri-

⁷ ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do Direito. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 132/2020, p. 57-87, nov.-dez./2020. p. 3.

⁸ ALVES, Jones Figueirêdo. Direito Civil em tempos de pandemia. O que resta das categorias jurídicas? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 134/2021, p. 19-35, mar.-abr./2021. p. 3 e 4.

mento da obrigação, sem que haja uma onerosidade excessiva aos consumidores.

O artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor veda ao fornecedor de produtos e serviços exigir vantagem manifestamente excessiva, ao passo que o artigo 51, IV, dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas,

abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade⁹.

Nas hipóteses em que o contrato ainda pode ser cumprido, principalmente nas obrigações de trato sucessivo, é possível realizar a sua revisão. O Código de Defesa do Consumidor assegura direitos básicos previstos em seu art. 6º, entre os quais, encontra-se, no inciso V, o de revisão contratual em razão de fatos supervenientes, que o torne excessivamente oneroso. Já nas situações em que haja inadimplemento, ou seja, em que o contrato não possa mais ser cumprido, aplica-se o instituto da resolução contratual, conforme disposição do artigo 478 do Código Civil.¹⁰

O artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor prevê que os direitos ali descritos não excluem outros, previstos em tratados, convenções internacionais, legislação interna ordinária, regulamentos, dentre outros. Assim, importante ressaltar a aplicabilidade também do Código Civil às relações de consumo, em determinadas hipóteses, o que se faz com base na teoria do diálogo das fontes¹¹.

⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. A revisão dos contratos civil e de consumo em tempos de Covid-19. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 132/2020, p. 31-56, nov.-dez./2020. p. 4.

¹⁰ ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do Direito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 132/2020, p. 57-87, nov.-dez./2020. p. 4 e 13.

¹¹ MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129/2020, p. 47-71, maio-jun./2020. p. 7.

A impossibilidade de cumprimento do contrato pode ser definitiva ou temporária. Quando definitiva, há obstáculo à realização da prestação que não deve desaparecer ou se atenuar com a fluência do tempo. Quando temporária, a impossibilidade ocorre durante certo período, indicando que poderá ainda ser realizada, mas não no prazo originalmente previsto. Ainda, a impossibilidade de cumprimento pode ser absoluta ou relativa, de modo que, no primeiro caso, extingue a obrigação e libera o devedor, enquanto, no segundo, há dificuldade ou onerosidade da prestação, mantendo o devedor vinculado e responsável pelo cumprimento. Há contratos em que os fatos decorrentes da repercussão da pandemia de coronavírus tornam impossível o cumprimento. Tais fatos tanto podem ser decorrentes das medidas de polícia adotadas pelo Poder Público e às quais se subordinam os particulares quanto à repercussão do seu comportamento razoável, visando a reduzir a exposição ao risco de contágio, como ocorre com a suspensão de determinadas atividades, independentemente de determinação estatal. São, como regra, situações que os contratantes não podem impedir ou evitar, caracterizando-se hipótese de caso fortuito ou de força maior, previstas no art. 393, parágrafo único, do Código Civil. Como consequências da configuração das hipóteses de caso fortuito ou força maior, verificam-se a inexistência de responsabilidade do devedor pelo inadimplemento e a resolução dos contratos cujo cumprimento tenha se tornado impossível.¹²

A resolução contratual enseja a extinção dos efeitos do contrato e, dentro do possível, a restituição das partes ao estado anterior. Nas situações em que uma das partes tenha realizado o pagamento da sua prestação, sendo credora de uma contraprestação, a eficácia de resolução implica a restituição do que foi pago, extinguindo-se o contrato, sem reponsabilidade do devedor que não cumpriu porque não pôde. O mesmo ocorre quando há incerteza sobre a possibilidade

¹² MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 1015/2020, p. 353-363, maio/2020, p. 2.

de cumprimento do contrato, configurando-se a chamada exceção de insegurança, prevista no artigo 477 do Código Civil, dando causa também à possibilidade de resolução contratual.¹³

Ao que parece, em razão do objetivo de promover a manutenção dos contratos, a Lei n. 14.046/2020 deixou de apresentar uma solução adequada para as hipóteses em que se caracterizar a impossibilidade definitiva e integral do cumprimento das obrigações, cuja consequência, como visto, seria a resolução contratual. Considerando as características dos contratos que ela pretende regular, é possível constatar que em diversas situações poderá ocorrer a inviabilidade de cumprimento da obrigação sem gerar um ônus excessivo aos consumidores.

3 Perspectivas para a execução dos contratos no período pós-pandemia

3.1 Situações em que a remarcação dos eventos ou a utilização do crédito não se mostram viáveis aos consumidores

Nos contratos de consumo abrangidos pela Lei n. 14.046/2020, envolvendo a contratação de serviços turísticos, de empresas para a realização de festas particulares ou até mesmo a aquisição de ingressos para shows, palestras, congressos e demais eventos, é comum que haja o pagamento prévio de parte do contrato, ou até mesmo de sua integralidade. Na maioria das situações, a negociação é realizada em momento antecedente ao cumprimento do objeto do contrato e garantida pelo pagamento de parcela inicial pelo serviço que será prestado.

Há diversas situações em que a remarcação dos eventos ou a utilização do valor antecipado em crédito para a aquisição de novos produtos comercializados pelas empresas não acarretará maiores

¹³ MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 1015/2020, p. 353-363, maio/2020. p. 2.

danos aos consumidores, tendo em vista que o período de enfrentamento da pandemia também promoveu formas diversificadas e criativas para a realização de eventos culturais, principalmente por meio da internet. Contudo, mostra-se importante considerar que em determinados casos a remarcação ou a utilização do crédito pode restar extremamente prejudicial aos consumidores.

Em um primeiro momento, ressaltam-se as situações em que a remarcação dos eventos ou a utilização do crédito não se mostram viáveis aos consumidores. Como exemplo, é possível citar a contratação de serviços para festas de 15 anos, formaturas e casamentos, tais como buffet, iluminação e decoração, pois se trata de datas comemorativas pontuais que não se repetem, redundando, em muitas hipóteses, na perda da utilidade de serem realizadas. Principalmente nos casos de aniversários e formaturas, o decurso do tempo pode fazer com que não haja mais interesse na sua realização.

Há também situações envolvendo viagens por motivos de trabalho ou estudo, as quais podem abarcar contratos de hospedagens e ingressos para comparecimento a cursos, congressos, palestras e até mesmo intercâmbios. Em razão do decurso de tempo, o comparecimento a esses eventos pode se tornar inútil ou inviável, sobretudo se forem cancelados.

Nessas e em diversas outras situações, a remarcação pode não ser uma opção que interesse ao consumidor, basta pensarmos em um show que passará a ocorrer em data na qual seja impossível o comparecimento. Tampouco a conversão do valor em créditos pode se mostrar útil, considerando que em muitos casos não há serviços semelhantes cuja aquisição se mostre de seu interesse, o que ocorre, exemplificativamente, com empresas produtoras de festas. É comum que as empresas atuantes nos setores de turismo e eventos tenham o seu âmbito de atividades restrito a um nicho, reduzindo a utilidade da utilização do crédito a que fará jus o contratante.

Em um segundo momento, mostra-se importante ressaltar que a pandemia gerou mudanças significativas no cenário econômico e

social, as quais podem impedir a realização de viagens ou eventos que haviam sido contratados antes de seu início. Além do aumento de preços dos produtos e serviços, oriundos da alta inflação, grande parte das famílias sofreu consideráveis perdas financeiras ou redução de sua capacidade econômica, fatos oriundos do desemprego e da grave crise econômica que assola o país.

Segundo relatórios da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a queda no emprego e nas horas de trabalho resultou em uma redução drástica da renda do trabalho e no consequente aumento da pobreza. Em comparação com 2019, globalmente, 108 milhões a mais de trabalhadores são agora considerados como vivendo na pobreza ou extrema pobreza.¹⁴ Ainda, conforme estudos realizados pela Federal Trade Commission (Estados Unidos), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Banco Mundial, a crise sanitária ocasionada pela covid-19 tem causado danos diretamente ligados às relações de consumo, especialmente afetadas pela perda ou diminuição inesperada de renda, além de se verificar o aumento no endividamento dos consumidores durante o período de enfrentamento da pandemia.¹⁵

Toda essa mudança na realidade econômica pode ensejar a impossibilidade de manterem-se os planos de realizar viagens, festas ou comparecer a shows, peças de teatro, dentre outros eventos culturais, ainda que possibilitada, pelo fornecedor, a remarcação ou a utilização do crédito. Isso ocorre em razão da existência de gastos adicionais que são necessários, por exemplo, para comparecer a um show cujo ingresso já fora adquirido, a exemplo do transporte e alimentação, ou até mesmo do pagamento da parcela remanescente do preço, quando houve apenas a antecipação de parte do valor total. No âmbito do turismo, a utilização de crédito para contratação de

¹⁴ Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_797490/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

¹⁵ VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Covid-19 e Direito do Consumidor: desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 135/2021, p. 103-214, maio-jun./2021. p. 8.

hospedagem pode ser inviabilizada pela própria ausência de condições de arcar com todas as despesas oriundas de uma viagem, assim como a alta de preços pode inviabilizar a realização de uma festa de casamento.

Por fim, deve ser considerado que, embora atualmente, ao final do ano de 2021, já haja autorização dos órgãos públicos para a realização de viagens, festas e eventos culturais, tendo sido reduzidas as medidas sanitárias de restrição, é preciso entender que algumas pessoas, seja por integrarem grupos de risco em condições de saúde ou por escolha que reflita seus princípios e crenças, não vão se sentir seguras para frequentar determinados ambientes, sobretudo nas situações em que haja aglomeração. Diante do cenário de incerteza que ainda paira, no que se refere aos riscos da contaminação pelo coronavírus ou aos questionamentos existentes acerca da vacinação e sua real capacidade imunizante, não se mostraria razoável, nesses casos, impor a esses consumidores, como únicas alternativas, a remarcação ou a utilização do valor em créditos.

Em todas as situações aqui mencionadas, os consumidores seriam extremamente prejudicados, tendo em vista que deixariam de usufruir dos serviços adquiridos e ficariam impossibilitados de receber o reembolso dos valores adimplidos, tendo em vista que a Lei n. 14.046/2020 dispensa os fornecedores da obrigação de reembolsar as quantias pagas, desde que disponibilizada a remarcação ou a utilização do valor em créditos.

Trata-se, na verdade, de um impasse que precisará ser dirimido a partir de análise doutrinária e jurisprudencial, pois, ainda que se considere o objetivo principal da lei, que é garantir, temporariamente, um fôlego aos empresários dos setores de turismo e cultura, evitando um colapso econômico ainda maior, é preciso atentar para a violação dos direitos de uma determinada parcela de consumidores que serão lesados pela aplicação da Lei n. 14.046/2020.

3.2 Análise jurisprudencial e perspectivas para a aplicação da Lei n. 14.046/2020

As situações práticas envolvendo a aplicação da Lei n. 14.046/2020 certamente serão alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo em vista as suas implicações no que se refere aos direitos dos consumidores. Muitos questionamentos surgem a partir de casos concretos em que se verifica que a aplicação da lei especial causa prejuízo excessivo aos consumidores, como nas hipóteses mencionadas no tópico anterior. Ainda que se trate de matéria recente, já é possível constatar a análise jurisprudencial sobre o tema, incluídas as situações apontadas no tópico anterior como particularidades possivelmente não consideradas pelo legislador.

Até o momento, o entendimento que predomina na jurisprudência é o que considera a aplicação da Lei n. 14.046/2020 às hipóteses de adiamentos ou cancelamentos de eventos em razão da pandemia, por entender que ela se trata de lei especial e temporária que deve prevalecer sobre as regras do Direito do Consumidor nesses casos. Porém, é possível constatar que há uma análise casuística das diversas hipóteses já levadas ao Poder Judiciário, ensejando uma certa flexibilização de alguns de seus dispositivos, a fim de evitar decisões que onerem demasiadamente os consumidores, lesando seus direitos fundamentais. Utiliza-se do princípio da razoabilidade para buscar uma decisão mais justa e equânime, ainda que observadas as determinações das leis especiais e sopesados os seus objetivos econômicos e sociais.

Como exemplo desse modo de aplicação da Lei n. 14.046/2020, mostra-se ilustrativo analisar três casos concretos envolvendo situações que serão comuns a diversos consumidores, ante a impossibilidade de cumprimento dos contratos durante a pandemia da covid-19. Os dois primeiros casos apresentados foram julgados pelas Turmas Recursais Cíveis do Rio Grande do Sul e apresentam situações semelhantes.

Trata-se do julgamento de dois casos envolvendo a contratação de empresas prestadoras de serviços para a organização e promoção de festas e eventos. No primeiro caso¹⁶, o serviço a ser prestado era de iluminação e sonorização em uma festa de comemoração pela colação de grau em curso técnico, e o segundo¹⁷, a contratação de uma empresa para a organização de uma festa infantil. Em ambos os casos, houve pagamento parcial prévio pelos contratantes, estando os eventos previstos para ocorrerem após o início da pandemia. Em razão das medidas sanitárias de restrição, não foi possível realizar nenhuma das festas. Os consumidores buscaram as fornecedoras para, de forma extrajudicial, solicitarem o reembolso dos valores pagos, o que foi negado por elas, ante a justificativa de que, amparadas na legislação especial, ofertariam prazo para a remarcação dos eventos ou para a utilização dos valores antecipados como crédito para a contratação de novos serviços.

O Poder Judiciário, por sua vez, considerando os argumentos de que não havia mais o interesse na realização das comemorações, tendo em vista se tratar de situações que perdem o sentido se comemoradas com tanto tempo de atraso, bem assim a ausência de interesse dos contratantes em adquirir novos serviços das empresas réis, que têm âmbito de atuação restrito, entendeu como solução mais adequada — até mesmo para proporcionar um período de recuperação razoável das empresas, já que, nesses casos, não há falar em responsabilidade de quaisquer das partes para o cancelamento dos eventos, nos termos inicialmente pactuados — a devolução da quantia desembolsada pelos contratantes, a ser realizada no prazo de doze meses, a contar da data em que cessar o estado de calamidade pública decretado pelo Poder Público Federal.

¹⁶ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Recurso Cível n. 71010034403, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em: 30-06-2021. DJe: 30.06.2021.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Recurso Cível, nº 71009808890, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em: 02-03-2021. DJe: 02.03.2021.

Nesses casos, os julgadores também fundamentaram que, embora no curso da pandemia já tenha sido autorizada a realização de eventos nas localidades em que residem os autores, não se pode obrigar os consumidores a colocar sua família e seus convidados em risco, considerando a gravidade do momento vivenciado, que requer cautela, a fim de evitar a contaminação e a propagação do vírus.

Importante ressaltar, contudo, que a Lei n. 14.046/2020, ao prever a exigibilidade de reembolso nos casos em que os fornecedores restarem impossibilitados de ofertar a remarcação ou a utilização dos créditos, atualmente determina que este deve ser realizado até o dia 31 de dezembro de 2022, mesmos prazos estabelecidos para a remarcação ou utilização do crédito. Porém, o seu texto já sofreu alterações nesse ponto. Quando da sua publicação, em agosto de 2020, o prazo previsto para a realização do reembolso era diverso, havendo disposição no sentido de que deveria haver o pagamento em até doze meses, a contar da data em que cessar o estado de calamidade pública decretado pelo Poder Público Federal. A alteração desse ponto ocorreu em razão da publicação da Medida Provisória n. 1.036, em março de 2021.

Assim, será comum verificarmos decisões judiciais que tenham sido proferidas em momento anterior, contendo, por essa razão, determinações condizentes com o texto que estava em vigor na época.

O terceiro caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e reflete uma situação envolvendo o setor de turismo¹⁸.

Nesse caso, a autora da ação havia contratado dezessete pacotes de viagem contendo hospedagem e traslado em uma agência de turismo, para custear a vinda de seus familiares e amigos residentes na Europa ao Brasil, para comparecerem ao casamento de sua filha, previsto para acontecer após o início da pandemia. O evento foi cancelado em razão das medidas de restrições impostas pelas au-

¹⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1021890-87.2020.8.26.0224; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos — 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/07/2021; Data de Registro: 16/07/2021.

toridades públicas, diante da crise sanitária, fato que também causou a perda da possibilidade de realizar as viagens internacionais adquiridas. Além do cancelamento do casamento, havia restrições que impediam a vinda dos familiares do exterior.

O que se verificou nesse caso é a verdadeira impossibilidade de prestação do serviço na forma contratada sem a imposição de excessivo ônus à contratante. Não pode a consumidora, parte hipossuficiente na presente relação jurídica, sofrer ônus demasiadamente excessivo ante as particularidades do caso concreto. A autora argumentou no sentido de não haver sequer a possibilidade de prever a realização de uma nova cerimônia de casamento, tampouco a possibilidade de que os serviços turísticos fossem utilizados, diante das incertezas do período. No mesmo sentido, alegou não haver interesse na utilização do valor em crédito para a aquisição futura de serviços da mesma empresa, sobretudo em razão do alto valor já antecipado pela contratação dos pacotes de viagens. Por essa razão, entendendo que a ausência de reembolso da quantia adimplida configuraria um ônus excessivo à consumidora no caso concreto, os julgadores decidiram por relativizar a aplicação da Lei n. 14.046/2020 e determinar que a ré realizasse o reembolso do valor adimplido pela consumidora, até o dia 31 de dezembro de 2022, observando, aqui, o prazo previsto na lei especial.

Assim, a partir da análise jurisprudencial sobre o tema, é possível constatar que os aplicadores do direito não desconhecem a importância da legislação especial editada para regular as relações de consumo durante a pandemia, ante a necessidade de se preservar o próprio mercado de consumo e a economia, principalmente se considerarmos que os benefícios dessas medidas atingem toda a população, ainda que de forma indireta. Porém, não há óbice para que as regras sejam aplicadas em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem assim à legislação civil, a fim de evitar injustiças em casos cujas particularidades possam configurar danos significativos aos consumidores.

Como visto, os casos concretos mencionados neste capítulo configuram hipóteses de impossibilidade de cumprimento dos contratos, o que enseja a resolução contratual, cuja consequência é o retorno das partes ao *status quo*, garantido por meio do reembolso dos valores pagos pelas obrigações que não puderam ser prestadas, ainda que a Lei n. 14.046/2020 não contenha previsão nesse sentido. Os julgados apresentados demonstram a aplicação da legislação especial acompanhada das demais normas que compõem o ordenamento jurídico e dos princípios gerais de direito, garantindo, assim, uma decisão justa, ao impedir o prejuízo material dos consumidores e garantir prazo razoável para que os fornecedores organizem da melhor forma possível o dispêndio das quantias devidas.

4 Considerações finais

Considerando o contexto de grave crise econômica que atingiu as empresas atuantes nos ramos de turismo e cultura em razão da pandemia da covid-19, é compreensível a adoção de medidas emergenciais pelo Poder Público que objetivassem garantir a manutenção da atividade econômica dos empresários e do próprio mercado de consumo. Ainda que a proteção ao consumidor seja direito fundamental garantido constitucionalmente, a observância a determinada categoria de indivíduos não pode se sobrepor à proteção da coletividade, principalmente em um momento de crise sanitária, econômica e social. Por esse fundamento, devem ser aplicadas as leis especiais e temporárias publicadas durante o período da pandemia, dentre elas a Lei n. 14.046/2020, ainda que configurem a mitigação de alguns direitos dos consumidores.

Porém, é importante ressaltar que a aplicabilidade da Lei n. 14.046/2020 não deve ser realizada de forma isolada, distante das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Ao que parece, a lei especial deixou de apresentar solução adequada para as hipóteses de descumprimento definitivo dos contratos de consumo, quando caracterizada a onerosidade excessiva aos contratantes, o que, nos

termos do disposto no artigo 478 do Código Civil, caracteriza hipótese de resolução contratual, tendo como consequência a retomada do estado inicial, tanto quanto possível.

Assim, ainda que a Lei n. 14.046/2020 não preveja a possibilidade de opção pelo consumidor em obter o reembolso dos valores pagos pelos serviços adiados ou cancelados, em determinados casos concretos, tal direito poderá ser reconhecido, tendo como base as normas do Direito das Obrigações, assim como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, caminho que já vem sendo observado pela jurisprudência brasileira. Ao aplicar a lei desse modo, evita-se a perda patrimonial injusta dos consumidores e garante-se aos fornecedores o tempo hábil para organização de suas finanças, a fim de possibilitar a manutenção das suas atividades comerciais.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. Direito Civil em tempos de pandemia. O que resta das categorias jurídicas? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 134/2021. p. 19-35. mar.-abr./2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6/2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990a. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.046, de 24 de agosto de 2020.** Dispõe sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da crise decorrente da pandemia da covid-19 nos setores de turismo e de cultura. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14046.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 948, de 8 de abril de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 1.036, de 17 de março de 2021.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1036.htm. Acesso em: 11 dez. 2021.

GOVERNO FEDERAL. Ministério do Turismo. Disponível em: <https://www.gov.br/turismo/pt-br/assuntos/noticias/ministerio-do-turismo-lanca-revista-com-dados-sobre-impacto-da-covid-19-no-setor>. Acesso em: 8 dez. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevich; LIMA, Clarissa Costa. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 129/2020, p. 47-71, maio-jun./2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A revisão dos contratos civil e de consumo em tempos de Covid-19. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 132/2020, p. 31-56, nov.-dez./2020.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 1015/2020, p. 353-363, maio/2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS_797490/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do Direito. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 132/2020, p. 57-87, nov.-dez./2020.

SEBRAE. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-o-impacto-da-pandemia-no-setor-de-eventos_424ba538c1be1710VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso em: 8 dez. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 1021890-87.2020.8.26.0224; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos — 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/07/2021; Data de Registro: 16/07/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Jurisprudência. Recurso Cível n. 71010034403, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em: 30-06-2021. DJe: 30.06.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Jurisprudência. Recurso Cível, n. 71009808890, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em: 02-03-2021. DJe: 02.03.2021.

VIEIRA, Luciane Klein; CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Covid-19 e Direito do Consumidor: desafios atuais e perspectivas para o futuro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 135/2021, p. 103-214, maio-jun./2021.

A pandemia da covid-19 e as consequências ao consumidor de serviços de transportes aéreos

Amanda Büntenbender Medeiros¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O impacto da pandemia nos serviços de transporte aéreo e a Lei n. 14.034/2020. 3 Repercussões negativas impostas aos consumidores em decorrência da Lei n. 14.034/2020. 3.1 Necessidade de demonstração da ocorrência de danos extrapatrimoniais. 3.2 Do desequilíbrio excessivo entre as partes contratantes. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

No presente trabalho, objetiva-se analisar a temática da pandemia da covid-19 e as consequências impostas ao consumidor de serviços de transportes aéreos. Dessa forma, pretende-se analisar o contexto social e as alterações legais decorrentes da pandemia, bem como suas principais alterações e implicações práticas aplicadas aos consumidores.

A pandemia da covid-19 provocou inúmeras consequências aos mais diversos ramos da sociedade e da economia, que precisaram se reinventar para sobreviver às inúmeras restrições e impedimentos impostos, como, por exemplo, o cancelamento de eventos sociais, o fechamento de fronteiras, o impedimento de funcionamento de restaurantes, de bares, de salões de beleza e de academias.

¹ Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; advogada. Endereço eletrônico: bmedeirosamanda@gmail.com

O setor dos transportes aéreos, em específico, foi significativamente abalado em razão das inúmeras restrições a ele impostas e, diante do risco de os prestadores de serviços de transportes aéreos não sobreviverem aos inúmeros danos provados pela pandemia, o legislador brasileiro promulgou leis com o objetivo de minimizar os prejuízos causados a esse setor.

Nesse sentido, o presente trabalho busca, inicialmente, discurrir sobre a legislação, de caráter emergencial, promulgada para minimizar os danos às empresas, bem como esmiuçar as principais alterações e as consequências práticas impostas aos consumidores. Em um segundo momento, neste trabalho, serão abordadas algumas problemáticas práticas decorrentes de algumas omissões e previsões estipuladas pelo legislador, que estão e poderão acarretar danos significativos aos consumidores.

O método de abordagem adotado para o desenvolvimento da pesquisa é o hipotético-dedutivo. O método de procedimento adotado é o monográfico e comparativo. As técnicas de pesquisa empregadas para a elaboração do estudo constituem-se em revisão bibliográfica e legal, bem como pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

2 O impacto da pandemia nos serviços de transporte aéreo e a Lei n. 14.034/2020

Como é de amplo conhecimento, o transporte aéreo, de carga e de passageiros, desempenha grande importância no cenário econômico nacional e mundial. Diariamente, milhares de pessoas utilizam os serviços de transportes aéreos para fins profissionais, como também turismo e lazer.

Com o avanço da pandemia da covid-19 e com as restrições impostas pelo governo, que restringiram e limitaram significativamente o convívio social, o setor de prestação de serviços de transporte aéreo foi um dos mais afetados. De acordo com os dados da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), a demanda por voos domésticos em maio de 2021 apresentou uma redução de 43,4% se comparado aos

números registrados em 2019. No mercado internacional, por sua vez, os indicadores apresentaram números ainda mais significativos, registrando uma redução na demanda no patamar de 66,2% se comparado a 2019.²

Nesse contexto, com o objetivo de frear e reduzir os prejuízos causados aos prestadores de serviços aéreos, foram pensadas alternativas legais para resguardar as empresas e assegurar que pudessem sobreviver à pandemia da covid-19. Em 18 de março de 2020, foi promulgada a Medida Provisória n. 925, com o objetivo de dispor e estabelecer medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em decorrência da pandemia da covid-19³.

A Medida Provisória n. 925 previu, de forma sucinta, algumas questões e regras, com o objetivo de minimizar os prejuízos patrimoniais causados às empresas, que de forma abrupta deixaram de exercer a sua atividade profissional em decorrência das restrições e proibições estabelecidas pelos governos. A Medida Provisória n. 925 versou sobre o prazo para pagamento de contribuições fixas e variáveis para concessão de aeroportos, assim como sobre o prazo para reembolso de valores de passagens aéreas, que passou a ser de 12 meses, sem prejuízos à assistência material. Além disso, previu a isenção de penalidades contratuais aos consumidores que aceitarem crédito para utilização no prazo de 12 meses.

Posteriormente, com o avanço da pandemia e a iminência dos inúmeros prejuízos financeiros às prestadoras de serviços aéreos, a Medida Provisória n. 925/2020 foi convertida na Lei n. 14.034/2020, que surgiu com o objetivo de mitigar o impacto negativo da crise nos caixas das empresas, acarretando também a alteração de legislações vigentes que dispunham sobre a matéria.

² ANAC. Agência Nacional de Aviação Civil. Orientações aos passageiros. ANAC, 2021. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/coronavirus/passageiros>. Acesso em: 2 ago. 2021.

³ BRASIL. **Medida Provisória n. 925 de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

A Lei n. 14.034/2020 preocupou-se em legislar e dispor sobre as consequências decorrentes de cancelamento de voos por parte da companhia aérea, assim como por parte do consumidor, e em prever alternativas para que os fornecedores de serviços aéreos sobrevivessem a essa enorme crise que atingiu o país.

Assim, a Lei n. 14.034/2020 estabelece que, no caso de cancelamento de voo no período entre 19 de março de 2020 a 31 de dezembro de 2021, deverá o transportador realizar o reembolso do consumidor no prazo de 12 meses a contar do voo cancelado e o valor deverá ser corrigido pelo INPC e, quando cabível, caberá a prestação de assistência material. A legislação também previu a possibilidade de, em substituição do reembolso, ser concedido ao consumidor um crédito, no prazo de 7 dias a contar da solicitação, de valor igual ou maior ao da passagem aérea, que poderá ser utilizado em nome do próprio consumidor ou de terceiros, para aquisição de produtos ou serviços do transportador, no prazo de 18 meses de recebimento do crédito.

Apesar de a legislação prever a forma de reembolso em caso de cancelamento de voo, também estabeleceu o dever de o transportador ofertar ao consumidor, sempre que possível, como alternativa ao reembolso, a sua acomodação em outro voo próprio ou de terceiro e de remarcação da passagem sem ônus.

A Lei n. 14.034/2020 também previu a forma de reembolso em favor do consumidor quando for sua a opção pelo cancelamento do voo. Dessa forma, estabeleceu que o consumidor que desistir do voo, no período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2021, poderá optar por receber o reembolso, a contar de 12 meses do voo cancelado, estando ainda sujeito a penalidades contratuais. Alternativamente ao reembolso, pode o consumidor optar por receber crédito de valor correspondente da passagem, sem a incidência de penalidades contratuais, devendo ser conferido a ele o crédito no prazo de 7 dias a contar da solicitação. O crédito deverá ser utilizado no prazo de 18 meses a contar do recebimento.

Posteriormente, veio a ser promulgada a Lei n. 14.174/2021, alterando algumas das disposições da Lei n. 14.034/2020, em especial o prazo de vigência das medidas emergenciais para a aviação civil brasileira. Inicialmente, a Lei n. 14.034/2020 estabelecia que as disposições previstas em lei seriam aplicadas aos fatos ocorridos entre o período de 19 de março de 2020 e 31 de outubro de 2021. Agora, com a promulgação da Lei n. 14.174/2021, o prazo para aplicação das disposições foi prorrogado até 31 de dezembro de 2021.

Ocorre que as alterações promovidas pela Lei n. 14.034/2020 não foram pensadas no melhor interesse dos consumidores, mas, sim, como forma de assegurar a sobrevivência das companhias aéreas. Dessa forma, passa-se a expor as repercussões negativas impostas aos consumidores.

3 Repercussões negativas impostas aos consumidores em decorrência da Lei n. 14.034/2020

Assim como toda norma, a Lei 14.034/2020 também comporta margens para interpretações divergentes, e também enseja reflexões, pois evidente o desinteresse do legislador em assegurar os direitos dos consumidores, que restaram sacrificados em detrimentos dos interesses das empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo. Dessa forma, passa-se a expor as principais repercussões negativas impostas aos consumidores.

3.1 Necessidade de demonstração da ocorrência de danos extrapatrimoniais

No caso de transporte aéreo, o passageiro, adquirente e usuário do serviço, é considerado consumidor, e a empresa aérea é considerada prestadora de serviço profissional ou fornecedora. Dessa forma, é necessário, no presente caso, o diálogo das fontes, entre a Consti-

tuição Federal, o Código Civil, a Lei n. 7.564/1986, a convenção de Montreal e, em especial, o Código de Defesa do Consumidor.⁴

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, disciplina a temática da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato de serviços e dispõe sobre o regime indenizatório em relação aos danos provenientes desses vícios. No caso de transporte aéreo, configura o fato de serviços, por exemplo, acidentes aéreos, lesão, morte, extravio de bagagem, atrasos longos, cancelamento de voos, entre outros. O Código de Defesa do Consumidor preocupa-se em assegurar que os serviços oferecidos no mercado de consumo atendam ao adequado grau de funcionalidade e, em caso de sua inadequação, o artigo 20 do Código viabiliza a reexecução dos serviços, a restituição dos valores ou o abatimento proporcional do preço.⁵

Os danos provenientes de vícios de fatos de serviços no âmbito de transporte aéreo podem ter natureza material, bem como extrapatrimonial. Os danos materiais são facilmente demonstrados e comprovados, por meio de documentos aptos a tal. Em contrapartida, os danos extrapatrimoniais demandam verificação caso a caso, em razão de suas peculiaridades.

Os danos extrapatrimoniais, de acordo com Daniela Courtes Lutzky, são aqueles que atingem a dignidade, os sentimentos, a saúde física ou psíquica, a estima social, isto é, atingem os direitos de personalidade ou extrapatrimoniais.⁶

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o dano imaterial como lesão ao bem que integra o direito à personalidade, tais como honra, dignidade, intimidade, imagem, bom nome, o que causa ao lesado dor, sofrimento, tristeza, humilhação. Importa ressaltar que esse

⁴ BESSA, Leonardo Roscoe; BESSA, Leonardo Henrique D'Andrada Roscoe. A Lei n. 14.034/2020: transporte aéreo e dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136, p. 21-45, 2021. Base de dados RT on-line, p. 3-4.

⁵ BESSA, Leonardo Roscoe; BESSA, Leonardo Henrique D'Andrada Roscoe. A Lei n. 14.034/2020: transporte aéreo e dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136, p. 21-45, 2021. Base de dados RT on-line, p. 3-4.

⁶ LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

dano atinge a vítima como pessoa, não lesando seu patrimônio diretamente.⁷

É pacífico entendimento acerca da possibilidade de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nas situações que envolvem vício de serviço de transporte aéreo. Sobre a temática de indenização por danos morais decorrentes de vícios resultantes da prestação de serviços aéreos, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de estabelecer que o dano nesses pleitos indenizatórios é *in re ipsa*, isto é, desnecessária a prova do prejuízo, pois presumido e decorrente do próprio fato. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça enfatiza não ser qualquer falha no transporte aéreo que legitime a indenização por dano moral, sendo necessária a demonstração dos fatos e das circunstâncias para o seu auferimento⁸.

Sobre a temática de indenização por dano moral por cancelamento e atraso de voo, por exemplo, importante referir o entendimento do STJ, que exige a comprovação de fato extraordinário para ensejar a indenização pleiteada pelo consumidor. Nesse sentido, no julgamento do RESP n. 1.584.465-MG, o STJ reconheceu quais as circunstâncias a serem auferidas para a comprovação e verificação de ocorrência de danos morais, uma vez que o mero atraso ou cancelamento não configuraria dano moral presumido:

A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 387.

⁸ BESSA, Leonardo Roscoe; BESSA, Leonardo Henrique D'Andrada Roscoe. A Lei n. 14.034/2020: transporte aéreo e dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136, p. 21-45, 2021. Base de dados RT on-line, p. 6.

fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros⁹.

Conforme anteriormente exposto, a pandemia da covid-19 ensejou a edição de normas que afetaram significativamente o consumidor de serviços de transportes aéreos. Nesse sentido, conforme anteriormente referido, a Lei n. 14.034/2020, que dispôs sobre as medidas emergenciais em razão da pandemia da covid-19, além de estabelecer regras provisórias, também realizou acréscimos e alterações ao Código Brasileiro de Aeronáutica (7.565/1986). Uma importante alteração inserida no Código Brasileiro de Aeronáutica consiste no artigo 251-A, o qual dispõe como requisito para indenização por dano extrapatrimonial decorrente da falha na execução do contrato de transporte a demonstração de prejuízo e de sua extensão pelo consumidor.

A partir da leitura da alteração promovida pela Lei n. 14.034/2020, é possível constatar que a lei objetivou, em síntese, evitar a banalização da condenação por dano moral. Nesse sentido, a lei enfatiza a necessidade de demonstração de violação a interesse ou a direito do consumidor, o que gera o dever de compensação financeira do lesado¹⁰.

Assim, surge o questionamento a partir da leitura do artigo 251-A acerca da necessidade de prova do prejuízo e a forma como deve ocorrer essa prova, em especial, quais serão os requisitos exigidos pe-

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.584.465-MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 13 de abril de 2018. Órgão julgador: 3ª Turma. Data de Publicação: Diário Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, 21 de novembro de 2018.

¹⁰ BESSA, Leonardo Roscoe; BESSA, Leonardo Henrique D'Andrada Roscoe. A Lei n. 14.034/2020: transporte aéreo e dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136, p. 21-45, 2021. Base de dados RT on-line, p. 8.

los tribunais para aferição da situação e para a constatação do direito à indenização pleiteada.

Além disso, resta evidenciada a dificuldade e o empecilho que os consumidores enfrentarão para demonstrar, no caso específico, o abalo moral e o prejuízo experimentado, o que é muitas vezes extremamente pessoal e de difícil prova.

Dessa forma, entende-se que, apesar de os tribunais já exigirem a comprovação argumentativa e fática para conceder a indenização por danos morais decorrentes de danos causados por prestadores de serviços aéreos, o fato de a Lei n. 14.034/2020 inserir no ordenamento jurídico brasileiro a exigência de comprovação efetiva de prejuízo e sua extensão preocupa significativamente, pois danos dessa espécie não são de prova fácil, em razão da sua natureza.¹¹

Diferentemente do que ocorre com os danos materiais, que facilmente são comprovados a partir de documentos, os danos morais apresentam maior dificuldade de comprovação. Ora, como comprovar insegurança e apreensão do passageiro decorrente do descaso da empresa aérea? Essa prova é extremamente difícil e subjetiva.¹²

Essa alteração promovida pela Lei n. 14.034/2020, que possui caráter definitivo, uma vez que incorporada ao ordenamento jurídico, demandará significativamente do poder judiciário, para assegurar que, na prática, aqueles consumidores significativamente lesados não deixem de auferir a indenização em razão de dificuldade de comprovar a extensão de danos que são muitas vezes imensuráveis.

Dessa forma, um dos direitos assegurados aos consumidores que poderão ser invocados nessas situações é a inversão do ônus da prova, direito assegurado aos consumidores pelo Código de Defesa

¹¹ ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei n. 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. **CONJUR**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniaio-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 12 dez. 2021.

¹² ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei n. 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. **CONJUR**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniaio-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 12 dez. 2021.

do Consumidor, justamente para comprovar, naquelas situações de difícil prova, determinada informação ou fato de que o consumidor careça de documentos.

Assim, espera-se que, apesar dessa alteração legal, que surgiu em desfavor dos consumidores e em benefício das empresas aéreas, na prática, quando demandados, os tribunais analisem o caso concreto a partir de uma interpretação conforme a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, para evitar violações àqueles tidos como hipossuficientes.

3.2 Do desequilíbrio excessivo entre as partes contratantes

A partir da leitura da Lei n. 14.034/2020, é possível constatar claramente a intenção do legislador, de tentar impor a preservação do contrato de transporte aéreo a qualquer custo, mesmo que para isso seja necessário violar direitos dos consumidores, uma vez que foram criadas barreiras para que o consumidor opte por romper o contrato, mesmo que devidamente motivado, como, por exemplo, o receio de ter sua saúde e vida afetados pela covid-19¹³. Claramente, a Lei n. 14.034/2020 diferencia o tratamento dos direitos dos passageiros que optarem por cancelar o voo daquelas situações em que os voos forem cancelados pela própria companhia aérea.

Conforme anteriormente referido, a lei somente autoriza o ressarcimento integral, sem a fixação de qualquer multa, naquelas situações em que houver o cancelamento do voo por parte da própria companhia aérea, pois, quando o consumidor optar por desistir da viagem, mesmo que de forma motivada, ou deverá obter o ressarcimento com a incidência de multas ou optará pelo recebimento de crédito a ser utilizado perante a empresa fornecedora.

Ocorre que, nas situações em que o consumidor optar por desistir do voo, receberá o reembolso com o desconto de penalidades

¹³ SQUEFF, Tatiana Cardoso; TARGA, Maria Luiza B. A preservação do setor aéreo a qualquer custo? Comentários à Lei 14.034, de 5 de agosto de 2020. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 132, p. 405-419, 2020. Base de dados RT on-line, p. 4.

contratualmente previstas, o que muitas vezes consome de maneira exorbitante o valor pago pelo consumidor. Considerando que a lei não impõe qualquer forma de restrição à aplicação de multas por parte das companhias aéreas, na prática, poderão ser aplicadas penalidades extremamente abusivas ao consumidor. Dessa forma, muitas vezes a opção pelo reembolso não se torna atraente ao consumidor, que praticamente não receberá nenhuma quantia, motivo pelo qual é praticamente obrigado a aceitar o recebimento de crédito perante a companhia aérea.

Além disso, se o consumidor optar por desistir do voo e receber o crédito, este estará limitado ao valor igual da passagem, ou seja, não poderá ser concedido valor maior ao da passagem, tal como ocorre nas situações de cancelamento por parte do transportador.

Completamente injusto atribuir penalidades contratuais ao consumidor quando optar por desistir da viagem, quando na verdade a desistência ocorreu em decorrência do seu receio de contaminação ou transmissão da covid-19. Tal fato evidencia o desequilíbrio provocado pela lei entre direitos dos consumidores e deveres dos transportadores. Na prática, estão sendo imputadas aos consumidores as mesmas penalidades por desistência imotivada de viagem, quando na verdade o consumidor opta por desistir da viagem de forma completamente motivada e a partir de um argumento completamente válido: o medo e receio de contrair o vírus da covid-19.¹⁴

Dessa forma, verifica-se a clara intenção do legislador pela manutenção forçosa do contrato de transporte aéreo, ao impor ao consumidor condições desvantajosas, se comparadas àquelas conferidas ao consumidor no caso de cancelamento por parte da companhia aérea.

¹⁴ ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei n. 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. *CONJUR*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniao-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 12 dez. 2021.

O legislador desconsiderou completamente o cenário pandêmico em que a sociedade se encontra, especialmente em relação a dificuldades financeiras, não se mostrando proporcional a diferenciação prevista em lei entre o cancelamento pela empresa e a desistência do consumidor, justamente em razão das dificuldades, incertezas e receios atuais da sociedade. Essa questão pode ser considerada uma verdadeira prática abusiva aos consumidores, o que demandará do judiciário a intervenção¹⁵.

Aos transportadores e prestadores de serviços, a lei flexibilizou e relativizou as obrigações, ao possibilitar o reembolso em até 12 meses, o oferecimento de assistência material apenas quando cabível, a acomodação em outro voo ou remarcação de passagem quando possível. Em contrapartida, ao consumidor, nenhum direito foi concedido e nenhum dever foi excluído, pois, mesmo quando solicitar o cancelamento da passagem devidamente motivado pelo receio de contrair covid-19, por exemplo, deverá arcar com a integralidade das penalidades contratuais.

Além disso, necessário pontuar que o parágrafo 8º, do artigo 3º, da Lei n. 14.034 refere a possibilidade de suspensão de cobrança de parcelas vincendas ainda não pagas pelo passageiro, que deverá ser providenciado pelo prestador de serviços aéreos em contato com a emissora de cartão de crédito, o que somente deverá ser realizado em caso de cancelamento do voo. Dessa forma, em caso de desistência pelo consumidor e desinteresse no recebimento do crédito, de acordo com a legislação, deverá o consumidor realizar a integralidade do pagamento para apenas após 12 meses receber a devolução do valor com o abatimento de penalidades contratuais. Essa situação demonstra ser extremamente abusiva e certamente demandará respostas dos tribunais¹⁶.

¹⁵ SQUEFF, Tatiana Cardoso; TARGA, Maria Luiza B. A preservação do setor aéreo a qualquer custo? Comentários à Lei 14.034, de 5 de agosto de 2020. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 132, p. 405-419, 2020. Base de dados RT on-line, p. 5.

¹⁶ SQUEFF, Tatiana Cardoso; TARGA, Maria Luiza B. A preservação do setor aéreo a qualquer custo? Comentários à Lei 14.034, de 05 de agosto de 2020. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 132, p. 405-419, 2020. Base de dados RT on-line, p. 6.

Sobre essa questão, necessário referir que o Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou, no julgamento do agravo de instrumento n. 2082733-91.2020.8.26.0000¹⁷ e referiu que o reembolso pressupõe pagamento já realizado, de maneira que, quando os valores ainda não foram pagos, não necessitam ser para posterior reembolso, não podendo ser o consumidor prejudicado e penalizado.

A partir das situações e exemplos anteriormente referidos, resta evidente a redução de direitos dos passageiros provocada pela Lei n. 14.034/2020, pois, além do diferimento do prazo para reembolso do serviço não prestado, foram relativizados os deveres de assistência material, de reacomodação e de remarcação das passagens, assim como para situações de atraso ou interrupção de serviços¹⁸.

4 Considerações finais

A partir do exposto, é possível concluir que, apesar de necessária a promulgação de legislação para tutelar essa situação de emergência decorrente da pandemia da covid-19, com o objetivo de regular e orientar o comportamento de companhias aéreas e dos próprios consumidores, verificou-se que as medidas adotadas pela Lei n. 14.034/2020, ao invés de assegurar direitos aos consumidores, retirou direitos essenciais e gerou ainda mais incertezas e inseguranças, em especial no momento atual de pandemia e de todas as repercussões causadas.

Ao invés de assegurar e proteger os direitos dos consumidores, partes vulneráveis da relação, a legislação optou por preservar e assegurar os direitos das empresas de transporte aéreo, ao flexibilizar as suas possibilidades, em detrimento dos direitos dos consumidores.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2082733-91.2020.8.26.0000. Agravante: Aerolíneas Argentinas S.A. Agravada: Priscila Decarli Benedetti. Relator: Des. Melo Colombi. São Paulo, jun. 2020. *DJe* 15.06.2020.

¹⁸ ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei n. 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. **CONJUR**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniao-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 12 dez. 2021.

Obviamente os interesses e a higidez dessas empresas, severamente prejudicadas pela pandemia, devem ser preservados, no entanto, a opção adotada pelo legislador, de relativizar os direitos dos consumidores em prol dos interesses do setor de transportes aéreos, não se mostrou a mais adequada. Deveriam ter sido estudadas alternativas para conferir algum auxílio às empresas ao invés de prejudicar os direitos dos consumidores e, conseqüentemente, violar o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Enquanto não for promulgada nova legislação para alterar essa situação, é de extrema importância que os tribunais julguem os casos concretos em que forem demandados em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, na presente relação, são os consumidores as partes vulneráveis que demandam maior proteção e respaldo em detrimento das empresas prestadoras de serviços.

Referências

ANAC. Agência Nacional de Aviação Civil. Orientações aos passageiros. **ANAC**, 2021. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/coronavirus/passageiros>. Acesso em: 12 dez. 2021.

ATHENIENSE, Luciana; TARGA, Maria Luiza Baillo. Os impactos da Lei n. 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores. **CONJUR**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniao-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. Acesso em: 12 dez. 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe; BESSA, Leonardo Henrique D'Andrada Roscoe. A Lei n. 14.034/2020: transporte aéreo e dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 136, p. 21-45, 2021. Base de dados RT on-line, p. 8.

BRASIL. **Lei n. 14.034 de 5 de agosto de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Brasília, DF: Presidência da República. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.174 de 17 de junho de 2021**. Altera a Lei n. 14.034, de 5 de agosto de 2020, para prorrogar o prazo de vigência de medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19. Brasília, DF: Presidência da República. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14174.htm#art1. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 925 de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.584.465-MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 13 de abril de 2018. Órgão julgador: 3ª Turma. Data de Publicação: Diário Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, 21 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento **2082733-91.2020.8.26.0000**. Agravante: Aerolíneas Argentinas S.A. Agravada: Priscila Decarli Benedetti. Relator: Des. Melo Colombi. São Paulo, jun. 2020. *DJe* 15.06.2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 387.

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; TARGA, Maria Luiza B. A preservação do setor aéreo a qualquer custo? Comentários à Lei 14.034, de 5 de agosto de 2020. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 132, p. 405-419, 2020. Base de dados RT on-line.

A responsabilidade civil pelos riscos de desenvolvimento e a vacinação contra a covid-19 no Brasil

Arthur Künzel Salomão¹ e Luiza Severnini Sima²

1 Introdução

A crise pandêmica tornou impositivo o rápido desenvolvimento de vacinas contra a covid-19, as quais foram disponibilizadas à população durante o ano de 2021. Contudo, o debate a respeito dos imunizantes constantemente incluía, entre diversos outros fatores, a possibilidade de efeitos colaterais desconhecidos aos cidadãos que fossem vacinados contra o coronavírus.

Nesse contexto, torna-se necessário ressaltar que o único propósito do presente trabalho é discorrer sobre a excludente de responsabilidade civil sobre o risco ao desenvolvimento, a qual se trata de hipóteses em que o produto e/ou serviço inserido no mercado não responde pelos danos que não eram possíveis serem previstos. Portanto, trata-se de uma discussão jurídica a respeito do instituto,

¹ Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); pós-graduando em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); professor dos cursos de extensão e pós-graduação do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp); secretário de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS); pesquisador do Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, coordenado pela Profa. Dra. Cristina Stringari Pasqual, do PPGD/FMP.

² Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); especialista em Direito Público pela FMP/RS; pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS; pesquisadora do Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, coordenado pela Profa. Dra. Cristina Stringari Pasqual, do PPGD/FMP; egressa do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas na FMP/RS (2020); bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2019).

cujas pretensões não dizem respeito a questões médicas referentes à eficácia dos medicamentos.

Dessa forma, utilizando-se do método bibliográfico, o presente trabalho será dividido em três etapas para discorrer sobre o risco ao desenvolvimento, em que na primeira será abordado o conceito da excludente de responsabilidade civil e seus elementos constitutivos.

Após, será abordado o caso da talidomida, medicamento desenvolvido e comercializado na Alemanha, que acabou vitimando mais de cinco mil crianças com problemas de má-formação genética. Além disso, será analisada a construção normativa da excludente de responsabilidade pelos riscos ao desenvolvimento no direito europeu, a partir da normativa n. 85/374.

Por fim, será objeto de análise a incompatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) com a excludente de responsabilidade positivada nas Leis n. 14.121 e 14.125, publicadas durante a pandemia de covid-19.

2 Risco ao Desenvolvimento

O Código de Defesa do Consumidor, consoante a Lei n. 8.078, estreou um novo período, de modo que estabelecia um novo foco no relacionamento entre o consumidor e o fornecedor, sendo ele o garantidor dos produtos e serviços que se dispõem no mercado de consumo, respondendo então pela qualidade e segurança deles.

Essa questão importante surgiu com o Código do Consumidor no Brasil e de leis relativas ao consumo em outros países, a qual passaram a chamar de “risco do desenvolvimento”.

O risco do desenvolvimento significa a colocação de um produto no mercado de consumo, que até então aparentava ser seguro, de acordo com o grau de conhecimento técnico e científico da época, mas que, com o decorrer do tempo, desenvolvimento de novas técnicas e conhecimentos, acaba apresentando algum risco ou restrição. Contudo, no momento da introdução do produto ao consumo,

utilizando-se de toda a técnica disponível, o fornecedor não é capaz de averiguar a existência de um vício que pode vir a trazer prejuízos ao consumidor.

Conforme James Marins, o risco do desenvolvimento é a possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito aparente, ainda que exaustivamente testado, porém que pode, decorrido determinado período, ser detectado o defeito, somente identificável com a evolução dos meios técnicos e científicos.

[...] consiste na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.³

Também, segundo a definição de Antônio de Vasconcellos e Benjamin, “*o risco não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, sendo descoberto somente após um certo período de uso*”.⁴

Para elucidar melhor essa situação, é necessário que a caracterização de um produto como defeituoso deve levar em consideração o momento em que ele foi introduzido no mercado de consumo, haja vista que não cabe fazer uma análise de modo comparativo entre os dois produtos, pois, diferente do que ocorre quando o produto já foi inserido no mercado, e por um avanço tecnológico, se descobre que

³ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993. p. 128

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67

aquele produto possui um vício, nessa situação se discute a aplicação da teoria do risco do desenvolvimento.

A partir disso, surgiram duas correntes a respeito da responsabilização do fornecedor, sendo uma a favor e outra contra.

Contra a responsabilização, tem-se como argumento que, fazendo uma breve análise da sociedade consumerista em que se vive, produtos novos são lançados no mercado todos os dias, sendo completamente natural que o desenvolvimento tecnológico tenha um avanço significativo, e com isso novos produtos surjam com maior grau de segurança e avanço tecnológico.

Rui Stoco destaca com relação a essa linha argumentativa:

Contra essa responsabilização estão aqueles que defendem a impossibilidade de se carrear ônus ao fabricante, visando estimular a pesquisa e o investimento nas áreas científica e tecnológica, conduzindo ao maior desenvolvimento. A oneração do fabricante por danos futuros, ainda que o produto, ao ser colocado no mercado, tenha se mostrado adequado, segundo o estado da ciência e o estágio tecnológico do momento, desestimularia as indústrias à pesquisa, ao investimento, ou tornaria a atividade demasiadamente onerosa e sem competitividade.⁵

Para defender essa corrente, inclusive vários autores destacam que haveria dificuldades na maneira de indenizar os consumidores por eventual dano produzido, sendo que os riscos do produto eram impossíveis de prever na época do seu lançamento. Ademais, a atribuição de riscos pelo desenvolvimento acabaria encarecendo muito o preço final dos bens de consumo, dificultando o acesso da população a medicamentos e outros produtos essenciais, haja vista que o valor das indenizações certamente seria agregado ao preço final

⁵ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.p. 46-53

do produto, podendo torná-lo até mesmo inacessível a uma grande parcela da sociedade.

Também João Calvão da Silva, deputado autor do projeto que se converteu no Dec.-Lei n. 383/1989, na matéria de responsabilidade que decorria acerca de produtos defeituosos, destaca que:

A apreciação do caráter defeituoso de um produto não será feita *ex post*, à luz de aperfeiçoamentos científicos e tecnológicos ulteriores introduzidos pelo (mesmo ou diferente) produtor em modelos sucessivos, mas *ex ante*, de acordo com as legítimas expectativas de segurança existentes na sua época, na época do seu lançamento no mercado.⁶

Isso porque os produtos inseridos nos riscos do desenvolvimento são abrangidos pelo objeto da imprevisibilidade e incognoscibilidade, desse modo, estaria ausente um dos pressupostos para a responsabilização do fornecedor de produtos, que seria o defeito.

Assim, para os que entendem o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil, compreende-se que sua aplicabilidade se daria a partir do conhecimento da comunidade científica da época, pouco importando o conhecimento que o fornecedor tinha.

Já aqueles que defendem a responsabilização do fornecedor entendem que, caso assim não fosse feito, teríamos o risco de responsabilizar a vítima pelo dano ocorrido pela responsabilidade do fornecedor.

De acordo com Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, os riscos do desenvolvimento constituem defeito na modalidade de projeto ou concepção do produto, logo, estando enquadrados no artigo 12 do Estatuto do Consumidor. Conforme o autor:

⁶ CALVÃO, apud CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 314

[...] o fornecedor tem o dever de apenas inserir no mercado produtos seguros o suficiente, após exaustivos testes e pesquisas anteriores à sua colocação no mercado, em especial, nos casos de setores industriais, como os de medicamentos, alimentos e automóveis.⁷

Embora se reconheça que há aspectos controversos entre ambas as questões e argumentos para as duas correntes, Sérgio Cavalieri Filho também argumenta que o Código de Defesa do Consumidor não inclui os riscos de desenvolvimento entre as causas exonerativas da responsabilidade do fornecedor, riscos esses que nada mais são do que espécie do gênero defeito de concepção. E, a seguir, acrescenta que: os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno – risco integrante da atividade do fornecedor –, pelo que não exonerativo da sua responsabilidade.⁸

Comenta-se também que o artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor faz alusão à prevenção quanto aos danos potenciais aos consumidores ocasionados a produtos e serviços, e não quanto à amplitude da obrigação reparatória dos fornecedores. O texto do artigo diz respeito à presença do produto ou do serviço no mercado de consumo, tenha ele ocasionado ou não um dano.

Então, o artigo 10 não se refere à extensão da reparação do dano. Um produto pode mostrar-se altamente perigoso ou nocivo após a sua introdução no mercado sem que para isso apresente um defeito inidentificável à época de sua colocação no mercado, não podendo estender o artigo 10 a fim de que ele regule hipóteses não pretendidas.

Ademais, a interpretação da frase “*sabe ou deveria saber*” está caracterizada pela ideia de culpa, a qual se torna incompatível com a responsabilidade objetiva citada pelo artigo 12 do Código de Defesa de Consumidor.

⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 318

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Ambos os artigos possuem razão de ser diferentes, não interferindo um na hipótese de incidência do outro. O artigo 10 tem o objetivo de regular a permanência ou não de produtos no mercado de consumo, enquanto o artigo 12 trata da regulamentação de reparação dos danos provocados no consumidor. Para essa corrente, o melhor artigo para embasar sua tese é o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, onde ele disserta acerca da caracterização do produto defeituoso, e não das excludentes de responsabilidade (que estão no parágrafo terceiro).

Pela interpretação do artigo, pode-se discernir que “a época em que foi colocado em circulação” não se torna um fator de exclusão de responsabilidade, mas, sim, uma circunstância de relevância para a expectativa e o intuito de haver uma certa segurança no produto. Desse modo, não se deve limitar a responsabilidade dos riscos do desenvolvimento à época em que o produto foi colocado em circulação.

Marco Aurélio Lopes Ferreira se posiciona favorável a essa corrente que defende a responsabilização do fornecedor, e fala que ele deve ser responsabilizado, pois:

- a) evita que o fornecedor deixe de se preocupar com as consequências do produto posto no mercado de consumo;
- b) não causaria a alegada retratação em pesquisas científicas, pois há mecanismos que garantem a reparação das vítimas sem onerar em demasia o fabricante;
- c) torna-se difícil não responsabilizar o fornecedor tendo em vista que ele terá de fazer prova de que o risco não era possível de se prever à época;
- d) o consumidor seria tratado como “cobaia” para o desenvolvimento de produtos.⁹

⁹ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.

Destaca-se também que há doutrinadores que têm o entendimento de que o risco do desenvolvimento é uma espécie do gênero defeito de concepção, tratando-o como um caso fortuito interno — o qual seria um risco integrante de sua atividade — pelo qual não se exonera a responsabilidade civil. Assim Paulo Vieira Sanseverino preceitua:

Em princípio, os riscos do desenvolvimento constituem modalidade de defeito de projeto ou concepção do produto ou do serviço, estando perfeitamente enquadrados nos arts. 12, caput, e 14, caput, do CDC. Desse modo, a exclusão da responsabilidade do fornecedor, deveria ter constado de maneira expressa do rol de causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor, como ocorreu no direito europeu.¹⁰

Bruno Miragem também segue no mesmo diapasão, sendo favorável com o seguinte argumento:

[...] o argumento em favor da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento afirma que sai eventual admissão como excludente tem por conseqüências a transferência do risco do consumidor para a vítima, na medida em que à irresponsabilidade do fornecedor corresponderá a transferência do risco e do dano pelo consumidor-vítima de evento causado por defeito até então desconhecido. Os argumentos, [...] situam-se desde a sua consideração como espécie de caso fortuito interno (que por isso não elidiria a responsabilidade), até sua indicação sob a abrangência da garantia geral do CDC quanto a qualquer espécie de dano, com efeito do princípio da solidariedade. Outra linha de argumentação seria a de que os riscos do desenvolvimento não constam expressamente dentre as causas de excludentes previstas no artigo 12, § 3º, e artigo 14, § 3º, razão pela qual não

¹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 318.

poderiam ser admitidos como tal, sobretudo em consideração de que estavam presentes os pressupostos da responsabilidade ao tempo da ação do fornecedor (introdução do produto no mercado), inclusive do defeito, que apenas não seria conhecido neste instante. Neste sentido, tratando-se de um sistema de responsabilidade objetiva, não existiria razão para afastar, por esta causa, a responsabilidade por tais riscos.¹¹

Referente à inclusão da Teoria do Risco do Desenvolvimento tratando-o como uma das excludentes de responsabilidade, tem um peso significativo o argumento de que, caso o fornecedor tenha que abarcar com a responsabilização, poderia vir a causar um retrocesso nos avanços científico-tecnológicos e na pesquisa, inviabilizando a descoberta e a criação de novos medicamentos, haja vista que os mesmos nem teriam mais o interesse de inovar e evoluir em seus produtos, de modo que, sem conhecer esses riscos, o fabricante não teria como inserir no custeio final do seu produto para poder repartir com os consumidores.

Atualmente ainda não há um consenso referente à utilização da Teoria do Risco do Desenvolvimento no Brasil como excludente ou não da responsabilidade do fornecedor, pois a doutrina ainda diverge entre os dois posicionamentos.

O que não resta dúvidas é que se deve conciliar a necessidade de desenvolvimento de modo que não prejudique o consumidor, continuando as relações consumeristas permeadas pelo equilíbrio e segurança jurídica. Ademais, resta claro que o consumidor não pode arcar com o preço dos avanços tecnológicos, de modo que os riscos e conseqüentemente os sacrifícios não podem ficar para serem arcados pelo consumidor individual.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 291

3 Caso da Talidomida e Normativa Europeia

De início, torna-se necessário destacar que a preocupação dos juristas quanto à responsabilidade civil por risco ao desenvolvimento surgiu após o caso da talidomida, o qual se tratava de um medicamento inserido no mercado farmacêutico alemão no ano de 1957, sob o nome de Cotergan.

A comercialização do referido medicamento foi um sucesso de vendas, todavia não se imaginava que a utilização da substância poderia ocasionar efeitos colaterais em gestantes. Contudo, em 1961 começou a ser apurado por pesquisas científicas os possíveis efeitos danosos decorrentes do uso de talidomida, as quais apontavam que a utilização do medicamento nos primeiros meses de gestação resultava em má-formação genética dos membros dos fetos.

Entretanto, a farmacêutica responsável pelo desenvolvimento do Cotergan afirmou que não restava demonstrada a relação de causa e efeito do uso do remédio e os casos de fetos com problemas de má-formação. Assim, reiterou a segurança da substância, porquanto ausentes pesquisas experimentais suficientes para comprovar que a utilização do medicamento apresentava efeito colateral prejudicial na formação dos filhos esperados pelas mulheres grávidas que tomassem o remédio.

Outrossim, com o avanço das pesquisas, restou demonstrado que, de fato, a talidomida causava má-formação genética. Porém, os resultados catastróficos da utilização do medicamento já eram inevitáveis, de modo que, entre 1956 e 1967, 5.000 crianças foram vitimadas apenas na Alemanha, bem como outras 2.500 vítimas foram identificadas por levantamentos posteriores. Nesse contexto, os gastos com a reparação dos danos somavam, até o ano de 2002, 375 milhões de euros.¹²

¹² REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista dos Tribunais**.

Dessa forma, sendo o caso da talidomida um dos mais paradigmáticos quanto à utilização, ou não, da excludente de responsabilidade civil pelos riscos ao desenvolvimento, dividiram-se os posicionamentos em duas vertentes.

Os favoráveis à exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento apresentam o argumento de que a responsabilidade acarretaria uma penalização excessiva ao fabricante considerando-se que os defeitos, em tese, não seriam detectáveis pelo fabricante. Essa obrigação excessiva seria representada pela dificuldade de contratação de seguros, ou aumento do prêmio dos seguros, e isso levaria à retirada de produtos do mercado e até mesmo ao “desincentivo à investigação e desenvolvimento de produtos complexos de alto risco” que são essenciais para a humanidade.¹³

Por outro norte, a responsabilidade pelos riscos ao desenvolvimento não poderia ficar a cargo do consumidor, porquanto violaria a garantia fundamental de tutela do consumidor, a qual pode ser introduzida por três vertentes, quais sejam: (i) tendo sua origem constitucional, que também pode ser chamada de introdução sistemática em decorrência dos direitos fundamentais; (ii) introdução dogmático-filosófica, também denominada sociologia do direito; e (iii) introdução socioeconômica do direito do consumidor.¹⁴

Dentro desse contexto, havendo um conflito entre interesses relacionados a garantias fundamentais, ou seja, a livre iniciativa e a tutela do consumidor, tornou-se impositiva a manifestação da União Europeia quanto à aplicação da excludente de responsabilidade civil. Entretanto, muito embora o objetivo da Diretiva n. 85/374 tenha sido harmonizar as normas que tratam da proteção do consumidor, denota-se que restou em aberto a disposição a respeito dos riscos

¹³ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. *Direito & Justiça* v. 38, n. 2, jul./dez. 2012. p. 215

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 42

do desenvolvimento, dando liberdade para que cada país tratasse da matéria da forma que lhe fosse mais conveniente.

Nesse diapasão, ficou a cargo dos Estados-membros aderirem, ou não, à utilização da excludente de responsabilidade civil. Como exemplo, Luxemburgo e Finlândia não integraram ao ordenamento jurídico interno o risco ao desenvolvimento, de modo que responsabilizam o fornecedor por qualquer tipo de produto mesmo pelos riscos do desenvolvimento. Diferentemente de Portugal, que adotou a orientação da Diretiva n. 85/374 no sentido de exonerar a responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento, o que se vê por meio do Decreto-Lei n. 383/1989, que transpôs a Diretiva n. 85/374 para o ordenamento jurídico interno.¹⁵

Quanto à jurisprudência, não há, a rigor, precedentes do STF ou do STJ que tratem do assunto, o mais próximo seria o julgamento do REsp 971.845/DF, que envolveria o problema dos riscos do desenvolvimento. Todavia, há de se ressaltar que, de um lado, o acórdão em questão não fez menção expressa ao tema e que, de outro, o tribunal, em sua fundamentação, reconheceu a negligência da empresa farmacêutica, fazendo com que a discussão sobre os riscos do desenvolvimento restasse prejudicada.

Quanto à excludente do risco ao desenvolvimento, o defeito não é conhecido pelo fornecedor, não há constatação das reais consequências do uso de determinado produto conforme as tecnologias fornecidas na época. Dessa forma, devem estar presentes três fatores: (i) o estado dos conhecimentos científicos e técnicos como um padrão unitário de julgamento; (ii) a centralidade do aspecto experimental; e (iii) a indicação de critérios práticos para a concretização do estado dos conhecimentos científicos e técnicos para fins jurídicos.¹⁶

¹⁵ WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. **Direito & Justiça** v. 38, n. 2, jul./dez. 2012. p. 219

¹⁶ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista dos Tribunais**.

Quanto à relação do risco do desenvolvimento com casos de força maior, relacionam os autores que devem ser observados: (i) o da origem do defeito, de um lado, e (ii) o do nexos causal entre esse defeito e os danos sofridos pela vítima, de outro lado. Nesse sentido, a noção de força maior, caso fortuito, fortuito externo etc. é relevante somente para o segundo aspecto, não se devendo confundir a análise do pressuposto do defeito com a análise do pressuposto do nexos de causalidade entre defeito e dano. Diferente dos riscos do desenvolvimento, essa noção acaba provocando dúvidas quanta à existência de um defeito; um óbice que, como visto, pode ser superado a partir uma interpretação técnica do art. 12 do CDC.

Porém, uma vez reconhecido que os riscos do desenvolvimento não impedem a constatação do defeito, a questão da causalidade passa a ser trivial, porquanto não há qualquer dificuldade em se reconhecer o nexos causal entre defeito e dano nos casos que envolvem riscos do desenvolvimento.¹⁷

4 Risco ao Desenvolvimento no Direito brasileiro

Antes de 2021, não havia previsão legal específica ao risco do desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, resumindo-se o estudo do tema em correntes que defendem tanto a responsabilização dos fornecedores pelo risco, bem como aqueles que sustentam a necessidade de aplicação da excludente de responsabilidade.

O debate em questão versava sobre três pontos em específico, sendo eles: a adoção da excludente dos riscos do desenvolvimento importaria ou não na reintrodução da culpa no regime de responsabilidade do CDC; se uma falha não detectada pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos deve ou não ser considerada um defeito nos termos do art. 12 e 14 do CDC; por fim, se a configuração

¹⁷ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista dos Tribunais**.

dos riscos do desenvolvimento afasta ou não o pressuposto positivo do nexo de causalidade.¹⁸

Assim, deve ser celebrada entre consumidor e fornecedor, os quais são estabelecidos pela lei, respectivamente em seus artigos e no art. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Considera-se fornecedor em sentido amplo tratando-se de gênero, do qual são espécies o fabricante, o produtor, o construtor, o importador, o comerciante, dentre outros.¹⁹

Não obstante, é controversa a aplicação do Código de Defesa do Consumidor quanto às relações envolvendo as pessoas que se vacinaram, os laboratórios que desenvolveram o imunizante e o ente federativo responsável sobre a compra do lote de vacinas disponibilizadas.

Contudo, torna-se interessante relacionar ao conceito de consumidor o da Teoria Finalista Mitigada, conforme demonstra o julgamento do Recurso Especial n. 1.010.834-GO, da relatoria da Ministra do STJ Nancy Andrichi, ao considerar que, apesar de o objeto da contratação (máquina de costura) ser utilizado para fins profissionais, a mesma possuía finalidade de subsistência, o que evidenciaria a condição de vulnerabilidade da contratante, o que justificaria a proteção pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Concluindo-se, assim, que poderão ser enquadradas como consumidor tanto pessoas físicas quanto jurídicas, quando constatada sua posição de vulnerabilidade, desde que o objeto da contratação não se trate de insumos para o exercício da atividade empresarial.²⁰

Torna-se necessário ressaltar, inclusive, que é entendimento firmado pelas Cortes Superiores a aplicação compulsória do CDC às

¹⁸ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista dos Tribunais**.

¹⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012., p. 140

²⁰ TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico – Conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo. Saraiva. 2015, p. 72-73

relações contratuais compostas entre pessoas jurídicas e instituições financeiras, baseando-se na vulnerabilidade dos contratantes perante os bancos. Dessa forma, utilizando-se da premissa da aplicação do diploma consumerista depende da constatação da excessiva vulnerabilidade de uma das partes, a aplicação do CDC se mostra uma alternativa viável.

Nesse sentido, os acidentes de consumo dos artigos 12 a 19 do CDC, em que se determina a responsabilidade civil dos fornecedores a respeito do vício do produto ou do serviço, quando o defeito se encontra em sua composição. Percebe-se que o vício do produto interfere na qualidade ou economicidade do objeto contratado frustrando uma expectativa legítima do consumidor, conforme dispõe o artigo 18 do CDC. Diferentemente, da responsabilidade do fato do serviço ou do produto, onde o vício é externalizado, atingindo a saúde e a segurança do consumidor, conforme disposto no artigo 12 do CDC, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ou seja, independente de culpa.

Todavia, ainda que se entenda pela inaplicabilidade dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o próprio Código Civil dispõe em seu artigo 931 que *“ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”*.

Nesse diapasão, a previsão legal era inexistente até a publicação da Leis n. 14.125 e 14.121 de 2021, que introduziram a excludente de responsabilidade civil por risco ao desenvolvimento, que ficará a cargo exclusivamente dos entes federativos responsáveis pela compra das vacinas disponibilizadas à população.

Da análise das medidas tomadas quanto à aplicação da excludente de responsabilidade, denota-se que não houve benefício algum tanto para a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, os quais podem ser onerados por eventuais danos decorrentes dos imunizantes. Ademais, quanto aos cidadãos que sofrerem eventual dano

decorrente de efeito colateral, a utilização da excludente perante o laboratório somente prejudicará a busca da indenização, porquanto submetido aos sistemas de precatórios e RPVs inerentes à administração pública.

Dessa forma, vê-se que a introdução da excludente de responsabilidade civil trouxe somente benefícios aos laboratórios, os quais poderão desenvolver e comercializar os medicamentos sem responsabilidade decorrente de eventual dano, os quais serão integralmente assumidos pelos entes federativos.

5 Considerações finais

Em síntese conclusiva, percebe-se que a excludente de responsabilidade civil pelo risco ao desenvolvimento é resultante de danos imprevisíveis, não passíveis de identificação pelo estado de conhecimento científico no momento da introdução do produto no mercado de consumo. A excludente de responsabilidade civil tem origem europeia após o caso da talidomida, que resultou na publicação da Diretiva n. 85/374, a qual estabelecia como opcional a utilização do instituto.

Quanto ao direito brasileiro, a aplicação da excludente é manifestamente incondizente com o sistema de responsabilidade civil solidário e objetivo do Código de Defesa do Consumidor, bem como apresenta incompatibilidade com os princípios do Código Civil.

Entretanto, durante o período pandêmico, as Leis n. 14.121 e 14.125 mencionam de maneira expressa a excludente de responsabilidade civil para os laboratórios que desenvolveram os imunizantes. Nesse diapasão, a responsabilidade por eventuais danos decorrentes de efeitos colaterais das vacinas contra a covid-19 ficará sob a responsabilidade do ente federativo responsável pela aquisição do lote de vacinas disponibilizadas ao cidadão.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALVÃO *apud* CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no código de defesa do consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista dos Tribunais**, 2020.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA Daniel Amaral. **Responsabilidade civil e novas tecnologias: riscos do desenvolvimento retornam à pauta**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/direito-civil-atual-riscos-novas-tecnologias-retornam-pauta>. Acesso em: 19 dez. 2021

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio Eletrônico: Conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

As alterações materiais da Lei n. 14.181/2021 ao Código de Defesa do Consumidor

Marcio Pasqualli Afonso¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A materialidade do superendividamento. 3 Alterações da Lei n. 14.181/2021 no Código de Defesa do Consumidor. 4 A recuperação financeira do superendividado. 5 Conclusão.
Palavras-chave: Superendividamento. Regulação. Tratamento. Direito do consumidor.

1 Introdução

O endividamento dos consumidores brasileiros foi aumentado pela crise econômica originada pela pandemia do coronavírus. Assim, importante retrospectiva se faz: em junho de 2015, era noticiado que o endividamento das famílias era de 46,3%, considerado o maior em dez anos, segundo dados informados pelo Banco Central. A renda familiar era comprometida para o pagamento de dívidas por volta de 22%.²

Em janeiro de 2020, num momento em que não se tratava de covid-19 ou crise sanitária, o endividamento batia recorde, atingindo

¹ Mestrando em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, sob a coordenação da Dra. Cristina Stringari Pasqual. Pós-graduado em Direito Público pela UCS/ESMAFE. Analista Jurídico no Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: marcio.p.afonso@hotmail.com

² Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2015/06/endividamento-das-familias-chega-463-o-maior-em-10-anos-mostra-bc.html>. Acesso em: 16 dez. 2021.

por volta de 65% dos brasileiros, e o comprometimento da renda dos trabalhadores era de 30%.³

No atual contexto, mais de um ano após o reconhecimento do estado de calamidade pública em decorrência da covid-19, os números continuam crescendo: em novembro de 2021, o percentual de famílias que relatam dívidas a vencer alcançou o patamar de 75,6%, sendo que o percentual de dívidas em atraso é de 26,1%, e desses 10,1% não tem condições de pagar.⁴

Tal panorama ganha novos contornos com a Lei n. 14.181/2021, que faz alterações significativas no Código de Defesa do Consumidor, introduzindo conceito legal e medidas de tratamento e prevenção do superendividamento.

As alterações trazidas são idealizadas com fundamento no crédito responsável, na boa-fé contratual, na preservação do mínimo existencial do consumidor e na organização e planejamento do pagamento das dívidas.

O presente artigo é dividido em três partes, estruturado de forma a estabelecer as principais alterações introduzidas no Código de Defesa do Consumidor pela Lei n. 14.181/2021, de modo a enaltecer a materialidade do superendividamento e a recuperação financeira do superendividado.

A metodologia utilizada é a de natureza básica, privilegiando a abordagem hipotético-dedutiva, pesquisa descritiva, qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica.

2 A materialidade do superendividamento

O Projeto de Lei n. 283/2012 (Senado Federal), após ser submetido a um longo processo de debates e audiências públicas, com participação fundamental de órgãos representativos dos dois lados

³ Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2020/01/13/endividamento-bate-recorde-e-atinge-65-dos-brasileiros>. Acesso em: 16 dez. 2021.

⁴ Disponível em: https://portal-bucket.azureedge.net/wp-content/2021/11/Analise_PEIC_nov_2021.pdf. Acesso em: 16 dez. 2021.

cujos interesses são tratados: Abecs, Senacon, Serasa Experian, Condege, Comissão de Direitos da Pessoa Idosa, INSS, Procon, Brasilcon, OAB, MPCON, Febraban, Idec, SPC, Proteste, além de juízes, políticos e ilustrados juristas, foi finalmente aprovado pela Câmara dos Deputados em 11 de maio de 2021, pelo Senado Federal em 9 de junho e sancionado com vetos pelo presidente da República em 1º de julho de 2021.⁵

O novo diploma legal passa a vigorar sob a denominação de Lei do Superendividamento, número 14.181/2021. Essa lei traz importantes alterações no cenário à prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor.

É impossível negar que a crise econômica nacional enfrentada de longo tempo somada aos reflexos de agravamento oriundos da pandemia da covid-19 impulsionaram a tramitação final do projeto de lei até a sua sanção. O que de outra maneira é um marco legal sobre superendividamento na legislação consumerista.

O exercício da cidadania ocorre por meio de vários fatores, dentre eles a capacidade de consumo, o que pode ser fortalecido pelo acesso facilitado ao crédito. Contudo, tal situação enseja o risco de endividamento, que se não for bem calculado pode levar ao superendividamento. Quando essa situação se instala, os efeitos são atingidos por toda a coletividade social que está orbitando a pessoa do devedor.⁶

⁵ STASI, Mônica Di. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da Covid-19. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 136/2021, p. 53, jul.-ago., 2021. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000017dcab1abc2923b0f59&docguid=I872f1110f1b711eb95dec59f0bc99bb7&hitguid=I872f1110f1b711eb95dec59f0bc99bb7&spos=14&epos=14&td=26&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2021.

⁶ SOUZA, Magali Rodrigues; NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MARTINS, Marcelo Guerra. O superendividamento no contexto da sociedade da informação e a proposta de alteração do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 1, p. 167, janeiro/abril, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6025/3187>. Acesso em: 7 set. 2021.

O singelo ato de “endividar-se” é corriqueiro e está inserido diurnamente no cotidiano de uma sociedade capitalista. Os contratos e as dívidas realizados na aquisição de bens de consumo, que vão desde alimentos e remédios até carros e moradias, incluindo ainda os serviços, são intrínsecos do dia a dia.⁷

Impende destacar que o crédito facilitado, de modo amplo e geral, não se caracteriza como um problema. Do mesmo modo que o endividamento não é. Contudo, ponto crucial surge quando, em meio a diversos fatores, o endividamento assume contornos patológicos, incidindo fortemente na capacidade financeira do indivíduo ou do grupo familiar, revelando uma incapacidade de cumprimento das obrigações financeiras dentro do limite da renda.⁸

Colaborando com tal situação, asseveram de modo preciso Martins, Miguel e Araújo:

A oferta desmedida de crédito aliada às peculiaridades da sociedade moderna, à atordoante velocidade dos meios de transmissão de informações, à rápida evolução tecnológica e aos métodos invasivos e agressivos de publicidade vem compelindo o consumidor a consumir cada vez mais, em ritmo veloz, de forma que seus rendimentos não são mais suficien-

⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chow de Martino; FORTES, Pedro Rubim Borges. A regulação coletiva do superendividamento: um estudo de caso do mercado de empréstimos consignados e de bem-sucedida mediação coletiva de consumo. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 127/2020, p. 21, jan.-fev., 2020. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a0000017bd0c6fdcc4313f8b9&docguid=I44628e40382011ea877a9c08145a3afa&hitguid=I44628e40382011ea877a9c08145a3afa&spos=14&epos=14&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁸ SANT’ANNA, Adriana; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CONSALTER, Zilda Mara. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte das relações consumeristas e das práticas mercadológicas. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 119/2018, p. 238, set.-out., 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b0000017bc2157fde0d9981c3&docguid=Iae293850c79d11e880e901000000000&hitguid=Iae293850c79d11e880e901000000000&spos=14&epos=14&td=83&context=39&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 set. 2021.

tes para manter o ciclo de compra e descarte. Assim, passa a adquirir crédito de forma não sustentável, até atingir a situação de superendividamento.⁹

O superendividamento está diretamente relacionado à forma de administração do crédito, sendo muito mais que uma questão jurídica, revela-se fenômeno de grande amplitude transversal, passando por aspectos econômicos, financeiros e sociais, tendo como origem condições estruturais e culturais, o que enseja um vislumbre de uma perspectiva mais ampla e eficiente por uma análise interdisciplinar.¹⁰

Colaborando com tal pensamento, o superendividamento deve ser encarado como um momento passageiro que a pessoa tem em sua vida, considerando que pode ser o resultado de uma avaliação mal feita de eventuais riscos externos, nesse sentido Martins, Tostes e Fortes sustentam que:

O superendividamento é resultado, na maior parte das ocasiões, de riscos externos ao devedor, cujo concurso para alcançar esse estágio é ultrapassado por eventos que o superendividado muitas vezes não tem como evitar. O tratamento do superendividamento pressupõe que, na medida do possível, possa prosseguir o projeto de vida almejado pela autonomia do consumidor pessoa física.¹¹

⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro de. O protagonismo judicial e o superendividamento dos consumidores no Brasil. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 109/2017, p. 116, jan.-fev., 2017. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc5000017bd00c89f92e4fa33e&docguid=I66c1e910d93f11e684d9010000000000&hitguid=I66c1e910d93f11e684d9010000000000&spos=8&epos=8&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set. 2021.

¹⁰ DAURA, Samir Alves. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 591, 2018. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/brazjpp8&div=45&start_page=5&collection=journals&set_as_cursor=17&men_tab=srchresults. Acesso em: 9 set. 2021.

¹¹ MARTINS; TOSTES; FORTES, *op. cit.*, p. 24.

O superendividamento tem diversas nomenclaturas ao redor do mundo: na França é chamado de *surendettement*; em países de tradição germânica, é intitulado como *Überschuldung*; em Portugal é denominado *sobreendividamento*; nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá, recebe a denominação de *overindebtedness*.¹²

Assim, o superendividamento elevado a fenômeno social teve diversos tratamentos ao redor do mundo; dois modelos se destacam: o francês, que tem um viés direcionado à reeducação e o americano, chamado de *fresh start*. Tais tratamentos diferenciam-se em si pelo âmagio do tratamento dado ao superendividado. Enquanto um é firmado na proposta pedagógica a partir da elaboração de um plano para pagamento das dívidas, em que se pretende honrar todos os débitos, ainda que se estenda no tempo, o outro é concebido como um novo começo, em que é apurado o montante das dívidas e, num processo de verificação dos ativos e liquidação do passivo, o superendividado pode recomeçar sua vida deixando os encargos no passado.¹³

Ainda que se tenha uma variação entre os modelos de tratamento do superendividamento, os elementos de interseção são essencialmente os mesmos. Desse modo, destacam Brito e Araújo que os quesitos similares são:

- (a) na existência de legislação específica que trate da matéria;
- (b) na atuação de órgãos judiciais em caráter mitigado, privilegiando-se no mais das vezes as instâncias extrajudiciais e

¹² BRITO, Rodrigo Toscano de; ARAÚJO, Fabio Jose de Oliveira. Contratos, superendividamento e a proteção dos consumidores na atividade econômica. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 5, n. 9, p. 174, jan./jun., 2014. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ddesnv5&div=10&start_page=165&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults. Acesso em: 9 set. 2021.

¹³ CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 61/2007, p. 81, jan.-mar., 2007. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9a000017bcd28dec8ee348479&docguid=If48262f0f25211dfab6f01000000000&hitguid=If48262f0f25211dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=16&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 9 set. 2021.

administrativas de resolução do problema; (c) na utilização de técnicas de conciliação em alguma fase do procedimento; (d) da obrigatoriedade de criação e manutenção de uma política consistente de educação para o consumo, a fim de auxiliar o consumidor superendividado.¹⁴

Segundo Cláudia Lima Marques, superendividamento é “a impossibilidade global do devedor pessoa-física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, excluídas, todavia, as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos”.¹⁵

Com base nessa conceituação, o consumidor superendividado é aquele que está sem condições algumas para o adimplemento de suas dívidas, estas originadas de consumo, além de ser pessoa física – o que afasta tal possibilidade às pessoas jurídicas, que possuem regramento próprio –, leigo e de boa-fé, ou seja, não possui a obrigação profissional de organização do crédito, e detentor de honestidade em relação a suas ações, o que afasta as situações de indébito proposital, ou outras formas que configurem má-fé.¹⁶

O superendividamento é vislumbrado sob dois aspectos, o denominado superendividamento ativo e o superendividamento passivo. O que diferencia essas duas modalidades é o comportamento financeiro do indivíduo, influenciando assim no processo de endividamento.

Sob a conceituação de superendividamento ativo, tem-se quando o devedor desenvolve atividades que o colocam em situação que

¹⁴ BRITO; ARAÚJO, *op. cit.*, p. 179.

¹⁵ MARQUES, Cláudia 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 (coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

¹⁶ VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 2, p. 529, maio/ago., 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7076/3535>. Acesso em: 7 set. 2021.

impossibilita o pagamento. Desse modo, duas espécies se verificam: a) deliberado, consciente ou de má-fé, que é quando o devedor, adotando conduta dolosa, se vale das oportunidades possíveis para consumir além da sua capacidade financeira de adimplemento, deixando de lado o pagamento; b) não deliberado, inconsciente ou de boa-fé, que se dá quando o devedor não vislumbra sua capacidade financeira de adimplemento, por incapacidade de administrar os valores advindos como renda, ou, ainda, quando sucumbe às tentações do consumo.¹⁷

De outra monta, o superendividamento passivo é aquele que ocorre com a redução da capacidade financeira de adimplemento do consumidor em razão das intempéries da vida, tais como desemprego, doença, morte, etc., ou quando os credores cometem ilícitos objetivando uma maior lucratividade e frustram a expectativa legítima do devedor rompendo com a boa-fé.¹⁸

3 Alterações da Lei n. 14.181/2021 no Código de Defesa do Consumidor

Importante salientar que a Lei n. 14.181/2021 insere no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor os incisos IX e X, acrescentando princípios aos já existentes no rol do artigo. O inciso IX tem a seguinte redação: “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores”; e o inciso X, por sua vez, tem a seguinte redação: “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”.

¹⁷ KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 65/2008, p. 66, jan.-mar., 2008. Disponível em: [https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017bc148b3d4d77c3ceb&docguid=I007ec6c0f25311dfab6f0100000000000&hitguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=10&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017bc148b3d4d77c3ceb&docguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=10&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 7 set. 2021.

¹⁸ *Ibid.*, p. 66.

Na mesma senda, a Lei n. 14.181/2021 acrescenta instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, introduzindo os incisos VI e VII, respectivamente, ao rol dos já constantes no artigo 5º: “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” e “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”.

Do mesmo modo, os direitos básicos do consumidor, descritos no artigo 6º, são acrescidos de dois incisos quanto ao endividamento do consumidor, o inciso XI com a seguinte redação: “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”; e o inciso XII, com a seguinte redação: “a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito”.

A Lei n. 14.181/2021 incrementa ao texto do Código de Defesa do Consumidor o capítulo VI-A, que ao longo de seus artigos traz importantes disciplinas quanto “da prevenção e do tratamento do superendividamento”, que é o título do capítulo. Assim, a lei tem como fundamento o crédito responsável com base na boa-fé contratual, na preservação do mínimo existencial e no planejamento do pagamento das dívidas.

Desse modo, crédito responsável deve ser entendido como a avaliação realizada pelo fornecedor, aquele que dispõe no mercado de produtos e serviços, da aptidão financeira do indivíduo e da possibilidade de adimplemento das obrigações decorrentes.¹⁹

Logo, a escolha do texto legislativo por crédito responsável enseja uma forma de prevenção ao superendividamento que se afasta de uma aceção proibitiva ou desestimuladora do crédito, pois uma

¹⁹ SANT'ANNA; PEREIRA; CONSALTER, *op. cit.*, p. 235-236.

concessão responsável de crédito considera as possibilidades financeiras do indivíduo, além de privilegiar um caráter educativo, que objetiva resguardar a autonomia decisória dos consumidores, e os tornam menos suscetíveis a sucumbir diante das técnicas publicitárias.²⁰

A compreensão do enfrentamento do superendividamento, baseada apenas na regulação legal do mercado de crédito e na adoção de um cânone processual para o tratamento das situações já instaladas, não é capaz de enfrentar o problema diante da complexidade das causas, visto que os erros cognitivos que desenvolvem o superendividamento na sociedade de consumo hodierna são variados.²¹

A alteração do parâmetro cognitivo se materializa por meio de educação financeira que colabora na prevenção de contratações impulsivas de crédito e também desestimula as compras a crédito não considerando o valor do produto, mas avaliando o valor da parcela. Controlar gastos e renda, por planilhas ou outro meio de anotação, o chamado “ponta do lápis”, deveria ser hábito praticado pela sociedade em geral, fortalecendo a educação financeira como meio de estimular os consumidores a realizarem escolhas responsáveis e livres.²²

Assim, no momento em que o fornecedor concede crédito ao consumidor que não dispõe de capacidade financeira de adimplemento, estar-se-á celebrando um contrato em flagrante abuso de direito. Ainda que o contrato esteja inserido no mundo do direito de maneira lícita, pois satisfaz os requisitos formais, o fornecedor comete ato abusivo, retirando o fundamento de validade da liberdade de contratar, porque se desvia das finalidades sociais, em especial o

²⁰ MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. cit.*, p. 121.

²¹ DAURA, *op. cit.*, p. 591.

²² MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. cit.*, p. 121.

fornecimento de crédito.²³ Dessa forma, colidindo com a satisfação do preceito do crédito responsável.

A concessão de crédito responsável e educação financeira quando associadas são preceitos que resultam iniciativas positivas. Isso porque a mais desenvolvida forma de educação financeira não é eficiente para extinguir a vulnerabilidade técnica do consumidor em face das instituições de crédito. Logo, a regulação do crédito para a sua concessão previne práticas abusivas, que podem ludibriar o consumidor mais atento, resguardando a efetiva tutela de direitos consumeristas.²⁴

A boa-fé contratual deve ser compreendida como a boa-fé objetiva, e deve ser entendida como um dever de conduta entre aqueles que formam a relação de consumo, fornecedores e consumidores, para agirem com lealdade e confiança objetivando um fim comum, que é o cumprimento do contrato, preservando e protegendo as expectativas das partes.²⁵

Colaborando com essa conceituação, afirma Rangel que “a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, um dever de agir conforme padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade, para não quebrar a confiança da outra parte”.²⁶

²³ CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 2, p. 685, abr., 2011. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b0000017bc796c663a4bfd8be&docguid=I06ccb2d0f25311dfab6f01000000000&hitguid=I06ccb2d0f25311dfab6f01000000000&spos=36&epos=36&td=734&context=334&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 set. 2021.

²⁴ MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. cit.*, p. 121.

²⁵ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**: artigo por artigo. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 60.

²⁶ RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 71/2009, p. 173, jul.-set., 2009. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9b0000017bc796c663a4bfd8be&docguid=I06ccb2d0f25311dfab6f01000000000&hitguid=I06ccb2d0f25311dfab6f01000000000&spos=36&epos=36&td=734&context=334&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 set. 2021.

Dito de outro modo, a boa-fé objetiva se estabelece por meio de um conjunto de padrões éticos de comportamento, que podem ser verificados de maneira objetiva, e que devem ser praticados pelos contratantes no curso da relação contratual, perpassando pelas fases pré-contratuais até a extinção.²⁷

Nessa senda, a identificação e abrangência do mínimo existencial são questões preliminares do tratamento do superendividamento. E isso se deve ao fato de que tal conjectura é basilar para as condições de uma existência digna da pessoa, pois as conexões entre o ato de consumir e a existência humana, em algum ponto da vida, se interligam.²⁸

O mínimo existencial pode ser entendido como as condições básicas para uma vida com dignidade. E, ainda que a literatura jurídica referencie o aspecto material do mínimo existencial, a intenção de uma existência não só biológica, mas também uma existência psíquica salutar, que possibilite condições emocionais de caráter positivo para o desenvolvimento da personalidade. O superendividamento interfere nas exposições psíquicas do consumidor, distorcendo as manifestações da personalidade, pois mudam e cerceiam as possibilidades de escolha, não restando quaisquer alternativas.²⁹

Importante novidade trazida pela Lei n. 14.181/2021 é a conceituação do superendividamento, tornado assim legal o conceito. Tal previsão está inserida no §1º do artigo 54-A do CDC: “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”.

²⁷ GARCIA, *op. cit.*, p. 60.

²⁸ SANT'ANNA; PEREIRA; CONSALTER, *op. cit.*, p. 238-239.

²⁹ VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 19, n. 2, p. 374-377, maio/ago., 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7076/3535>. Acesso em: 7 set. 2021.

Assim, quando ausente for a boa-fé do indivíduo, retira-se também a possibilidade de amparo do Estado, como forma de auxílio em caso de inadimplência ou na demanda por uma renegociação dos débitos.³⁰

Ainda, o §3º do artigo 54-A afasta a incidência do CDC: “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 produtos e serviços de luxo de alto valor”.

4 A recuperação financeira do superendividado

De fácil percepção é a técnica legislativa utilizada pelo legislador que não cria uma lei específica para tratar de todos os aspectos do superendividamento, mas insere alterações no CDC. Situação essa que pode ser vista como benéfica, pois facilita ao consumidor leigo perceber no CDC uma completitude de seus direitos.³¹

Assim, outra alteração incorporada ao CDC pela Lei n. 14.181/2021, com vislumbre de maior inovação no tratamento do superendividamento, é o capítulo intitulado “da conciliação no superendividamento”. Tal capítulo acrescenta o art. 104-A e seguintes, que disciplinam o regramento de recuperação financeira do endividado.

O art. 104-A prescreve a instauração de processo de repactuação de dívidas, que tem início por meio de uma audiência conciliatória, na qual, de acordo com o texto legal, deve contar com a presença de todos os credores, e o consumidor apresenta um plano de pagamento das dívidas, com prazo máximo de cinco anos, que preserve o mínimo existencial e também as garantias e formas de pagamento originalmente pactuadas.³²

³⁰ SANT'ANNA; PEREIRA; CONSALTER, *op. cit.*, p. 241.

³¹ MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. cit.*, p. 123.

³² ANDRADE, Matheus Baia de. A revisão dos contratos bancários e a reabilitação patrimonial do consumidor superendividado: uma alternativa eficaz? *Revista dos Tribunais*, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 122/2019, p. 126, mar.-abr., 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srcguid=i0a>

Nesse ponto, o diploma legal enumera quais dívidas, originadas de relações de consumo, que não fazem parte do processo de repactuação: as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem a intenção de adimplemento, e as dívidas originadas de contratos de crédito real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.³³

Desse modo, o procedimento incorporado pela Lei n. 14.181/2021 é inspirado no modelo francês de tratamento do superendividamento, com vistas à reeducação financeira e adimplemento das dívidas.³⁴

O modelo instituído legalmente não chega a ser novidade na atuação paralegal do tratamento do superendividamento. Assim, destaca-se de longa data iniciativa de sucesso promovida por projeto desenvolvido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.³⁵

O projeto-piloto realizado pelas magistradas Káren Rick Danilevicz Bertoncele e Clarissa Costa de Lima foi desenvolvido nas comarcas de Charqueadas e Sapucaia do Sul, e possibilitou trabalhos de experimentação visando a soluções para os problemas do superendividamento dos indivíduos e seus familiares.³⁶

d6adc5000017be036bff7217afe7a&docguid=I9ef6d1b0792411e98853010000000000&hitguid=I9ef6d1b0792411e98853010000000000&spos=3&repos=3&td=3&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 12 set. 2021.

³³ EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A Crise Econômica brasileira e o Superendividamento da população. Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 101/2015, p. 398, set.-out., 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000017be03959e0b657be75&docguid=Ie6279dd0b69011e581c0010000000000&hitguid=Ie6279dd0b69011e581c0010000000000&spos=15&repos=15&td=20&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2015.16893-n33>. Acesso em: 12 set. 2021.

³⁴ MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. cit.*, p. 123.

³⁵ Para mais informações sobre o projeto de tratamento das situações de superendividamento do consumidor desenvolvido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, ver: MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. Prevenção e Tratamento do Superendividamento. Caderno de Investigações Científicas da Escola Nacional de Defesa do Consumidor. vol. I. Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super-endividamento-pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

³⁶ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Relatório do superendividamento no Sul do Brasil: estudo de caso, perfil, estatísticas e a experiência da conciliação

O objetivo do projeto das magistradas gaúchas é a reinserção social do consumidor superendividado, promovendo uma conciliação judicial ou extrajudicial, com a renegociação da totalidade das dívidas com os credores, com base nas condições individuais do superendividado e respeitando a preservação de seu mínimo existencial.³⁷

Outra iniciativa que apresenta resultados importantes é o desenvolvido pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que possui setor com finalidade específica para atuação em situações de superendividamento.³⁸

Assim, após a identificação do consumidor como sendo pessoa superendividada, passa-se à adoção de medidas que visam à educação financeira, por meio da realização de cursos técnicos e orientações da Escola de Educação Financeira do Rioprevidência e da Defensoria Pública. Após, o consumidor passa para a fase de renegociação das dívidas com cada um dos credores, quer seja em caráter extrajudicial ou judicial, objetivando a recuperação financeira.³⁹

Nos termos do art. 104-A, a audiência conciliatória para a apresentação do plano de recuperação aos credores é questão importante no processo de recuperação financeira dos superendividados. E tal condição é percebida porque o não comparecimento injustificado do credor suspende a exigibilidade do débito e interrompe a mora.⁴⁰

Em caso de conciliação, o juiz descreverá na sentença homologatória o plano de pagamento, que deve incluir as outras ações em

(2007-2008). In: LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado**: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ, 2010. *Apud* MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. Cit.*, p. 119-120.

³⁷ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; COSTA DE LIMA, Clarissa. Adesão ao projeto conciliar é legal — CNJ projeto-piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. [S. l.], [S. d.]. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/projeto_superendividamento.pdf. Acesso em: 29 mar. 2021. *Apud* SIQUEIRA; FERREIRA, *op. cit.*, p. 172-173.

³⁸ Para mais informações sobre a atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ver: Perfil do consumidor superendividado e a atuação da Defensoria Pública na renegociação da dívida. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca-8cbd43c24d7f8aa11fce8483026e.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

³⁹ MARTINS; TOSTES; FORTES, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰ EFING; POLEWKA; OYAGUE, *op. cit.*, p. 398.

curso e a respectiva suspensão ou extinção, além de estabelecer a data de exclusão do nome do consumidor de bancos de dados ou cadastro de inadimplentes.⁴¹

O requerimento de audiência conciliatória pelo consumidor superendividado não é sinônimo de declaração de insolvência civil, e tal pedido somente poderá ser repetido depois de decorridos dois anos, a partir da liquidação das obrigações previstas no plano homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.⁴²

O acordo estabelecido nos moldes previstos ao longo do art. 104-A mostra-se de grande vantagem para as partes envolvidas, pois é título executivo judicial, e o fornecedor não precisará recorrer a processo autônomo de cobrança em caso de descumprimento e o consumidor poderá ter seu nome excluído de cadastro de restrição de crédito.⁴³

Por seu turno, o art. 104-B estabelece os procedimentos judiciais que deverão ser adotados no caso da conciliação restar inexitosa. E a pedido do consumidor o magistrado instaurará processo de superendividamento para a revisão dos contratos e repactuação das dívidas, por meio de um plano judicial compulsório, com prazo máximo de cinco anos, que garantirá aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente. Ao juiz ainda é possível a nomeação de administrador, que apresentará plano de pagamento em até trinta dias, desde que não enseje ônus às partes.

5 Conclusão

A Lei n. 14.181/2021 ao incorporar no CDC tratamento e prevenção ao superendividamento é uma importante ferramenta para o enfrentamento dessa situação que acomete grande número de consumidores.

⁴¹ MARTINS; MIGUEL; ARAUJO, *op. cit.*, p. 123.

⁴² ANDRADE, *op. cit.*, p. 126.

⁴³ EFING; POLEWKA; OYAGUE, *op. cit.*, p. 398.

Logicamente que o superendividamento deve ser avaliado como um fenômeno sociocultural, que dilacera a vida financeira dos consumidores. Esse fenômeno deve ser tratado por meio da educação financeira, pois após a instalação do endividamento excessivo apenas é possível mitigar os danos causados.

Evidente que alterar uma cultura difundida na sociedade por meio de lei não é o melhor caminho a ser traçado. Contudo, em relação ao superendividamento, essa medida restou urgente e necessária para a diminuição dos efeitos danosos que esse fenômeno causa atualmente, ainda que o trâmite legal tenha perdurado por quase dez anos.

Claramente a lei estabelece um procedimento de mitigação dos danos financeiros, mas é necessário mais. É indispensável que se promovam políticas públicas de desenvolvimento de consumo responsável, com enfoque na administração da renda, gastos e crédito. O que se resume, *en passant*, educação financeira.

Salta aos olhos que a prevenção é a melhor estratégia, e o consumidor revela-se carente de iniciativas anteriores aos problemas, medidas que persigam a informação e a orientação para evitar o superendividamento.

Do ponto de vista ideal, dever-se-ia estabelecer modalidades de estudo que estimulem as crianças ao consumo responsável, aprendendo desde cedo conceitos básicos, versando sobre tópicos como crédito, dinheiro, e assim desenvolver uma mentalidade dirigente de consumo.

É inegável que o Código de Defesa do Consumidor apresenta um conjunto de princípios, que proíbem e regulam condutas de fornecedores maldosos, que praticam atos que afrontam a dignidade das pessoas dos consumidores, mas essa estrutura normativa não é totalmente efetiva e eficaz para a proteção da coletividade de consumidores, quer sejam vulneráveis ou hipervulneráveis.

Assim, a busca por soluções ao grave problema do superendividamento deve ser múltipla, não podendo ficar resumida ou restrita

em um texto legal que apenas discipline a recuperação financeira do indivíduo.

Referências

BRASIL. **Lei 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: 7 set. 2021.

BRASIL. **Lei 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

ANDRADE, Matheus Baia de. A revisão dos contratos bancários e a reabilitação patrimonial do consumidor superendividado: uma alternativa eficaz? **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 122/2019, p. 115 – 149, mar.-abr., 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000017be036bff7217afe7a&docguid=I9ef6d1b0792411e9885301000000000&hitguid=I9ef6d1b0792411e988530100000000000&spos=3&repos=3&td=3&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de; ARAÚJO, Fabio Jose de Oliveira. Contratos, superendividamento e a proteção dos consumidores na atividade econômica. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 5, n. 9, p. 165-204, jan./jun., 2014. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/>

ddesnvol5&div=10&start_page=165&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults. Acesso em: 9 set. 2021.

CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 61/2007, p. 76 – 89, jan.-mar., 2007. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017bcd28dec8ee348479&docguid=If48262f0f25211dfab6f010000000000&hitguid=If48262f0f25211dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=16&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 9 set. 2021.

CARPENA, Heloísa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 2, p. 671-702, abr., 2011. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017bc7aece6a7690f8e0&docguid=Icb5cb6d02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Icb5cb6d02d4111e0baf30000855dd350&spos=16&epos=16&td=16&context=477&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 set. 2021.

DAURA, Samir Alves. Behavioraleconomics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 567-598, 2018. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/brazjpp8&div=45&start_page=5&collection=journals&set_as_cursor=17&men_tab=srchresults. Acesso em: 9 set. 2021.

EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcott. A Crise Econômica brasileira e o Superendividamento da

população. Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 101/2015, p. 387-433, set.-out., 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017be03959e0b657be75&docguid=Ie6279dd0b69011e581c0010000000000&hitguid=Ie6279dd0b69011e581c0010000000000&spos=15&epos=15&td=20&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2015.16893-n33>. Acesso em: 12 set. 2021.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**: artigo por artigo. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 65/2008, p. 63-113, jan.-mar., 2008. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017bc148b3d4d77c3ceb&docguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=10&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 set. 2021.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro de. O protagonismo judicial e o superendividamento dos consumidores no Brasil. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 109/2017, p. 113-139, jan.-fev., 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017bd00c89f92e4fa33e&docguid=I66c1e910d93f11e684d901000000000&hitguid=I66c1e910d93f11e684d9010000000000&spos=8&epos=8&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set. 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chow de Martino; FORTES, Pedro Rubim Borges. A regulação coletiva do superendividamento: um estudo de caso do mercado de empréstimos consignados e de bem-sucedida mediação coletiva de consumo. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 127/2020, p. 19-44, jan.-fev., 2020. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017bd0c6fdcc4313f8b9&docguid=I44628e40382011ea877a9c08145a3afa&hitguid=I44628e40382011ea877a9c08145a3afa&spos=14&epos=14&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set. 2021.

RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 71/2009, p. 168-194, jul.-set., 2009. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017bc796c663a4bfd8be&docguid=I06ccb2d0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I06ccb2d0f25311dfab6f010000000000&spos=36&epos=36&td=734&context=334&crumb-action=append&crumb-label=Documento&is>

DocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em: 7 set. 2021.

SANT'ANNA, Adriana; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CONSALTER, Zilda Mara. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte das relações consumeristas e das práticas mercadológicas. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 119/2018, p. 227-266, set.-out., 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017bc2157fde0d9981c3&docguid=Iae293850c79d11e880e9010000000000&hitguid=Iae293850c79d11e880e9010000000000&spos=14&epos=14&td=83&context=39&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 7 set. 2021.

SIQUEIRA, Augusto; FERREIRA, Vitor. O Direito de Acesso à Justiça do Consumidor Superendividado: (In)Efetividade do Processo e Soluções Consensuais de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 45, p. 154-185, abr. 2021. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/107938/61640>. Acesso em: 13 set. 2021.

SOUZA, Magali Rodrigues; NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MARTINS, Marcelo Guerra. O superendividamento no contexto da sociedade da informação e a proposta de alteração do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 1, p. 159-179, jan./abr., 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6025/3187>. Acesso em: 7 set. 2021.

STASI, Mônica Di. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da Covid-19. **Revista dos Tri-**

bunais, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 136/2021, p. 49-65, jul.-ago., 2021. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017dcab1abc2923b0f59&docguid=I872f1110f1b711eb95dec59f0bc99bb7&hitguid=I872f1110f1b711eb95dec59f0bc99bb7&spos=14&epos=14&td=26&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2021.

VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camille da Silva Azevedo; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Fundamentos ao reconhecimento do dano existencial nos casos de superendividamento: considerações sobre o mínimo existencial, o valor do tempo e a concepção normativa de dano. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 120/2018, p. 365-396, nov.-dez., 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017be71492e5c8b39bb4&docguid=Ic926f620efab11e8828d010000000000&hitguid=Ic926f620efab11e8828d010000000000&spos=12&epos=12&td=24&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 set. 2021.

VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 2, p. 521-555, maio/ago., 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7076/3535>. Acesso em: 7 set. 2021.

Alteração do índice de correção monetária e as revisões contratuais pós-pandemia

Arthur Künzel Salomão¹ e Eduardo Corso²

1 Introdução

A celebração de contratos que envolvam correção monetária de valores pelo índice IGP-M teve efeitos diretos da alta ocasionada pelo período de instabilidade econômica decorrentes da pandemia. Por meio da análise dos gráficos representativos da variação dos índices, denota-se que o índice geral de preços de mercado sofreu uma alta representativa capaz de desequilibrar relações contratuais porquanto sujeita um dos contratantes a correção monetária de valores outrora inimaginável.

Nesse sentido, o propósito do presente trabalho é relacionar recente alta do IGP-M com a jurisprudência das demandas revisionais de contratos, utilizando-se para tanto dos métodos jurisprudenciais de pesquisa, bem como da análise bibliográfica para estudo dos conceitos teóricos.

Dessa forma, este artigo será dividido em duas etapas: a primeira delas será destinada à apresentação de conceitos iniciais de correção monetária, demonstrando as especificidades dos índices IGP-M e IPCA. Após, será abordada a teoria geral contratual em relação à

¹ Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); pós-graduando em Direito dos Negócios pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); professor dos cursos de extensão e pós-graduação do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp); Secretário de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

² Graduando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); bacharel em Publicidade e Propaganda pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM).

jurisprudência dos Tribunais superiores e estaduais no que versa à revisão dos indexadores de correção monetária utilizados para atualização da moeda.

2 Correção monetária e indexadores de correção monetária

Inicialmente, a correção monetária é um instrumento de adaptação em um ambiente inflacionado, quando o valor nominal da moeda se deprecia e deixa de corresponder ao valor real. Dessa forma, a correção monetária está relacionada à necessidade de compensar a depreciação do valor nominal da moeda para que não resulte em depreciação do patrimônio, uma vez que seu objetivo é manter o seu valor real.

Conforme definição dada pelo STF, a correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que é capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal.³

O amparo legal para incidência da correção monetária nos contratos vem apontado no Código Civil, em geral, com a seguinte redação: “*atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos*”⁴, é o que se vê quando o código trata do inadimplemento das obrigações, da mora, perdas e danos e arras, apenas para apontar alguns casos.

Portanto, vê-se que não há um índice legal fixado no código, sendo pactuado entre as partes o índice que lhes convém, em geral fixado em razão da natureza do crédito concedido.

Como exemplo, o índice IPCA é o principal indicador da inflação no Brasil e, considerando o quadro econômico que se estabele-

³ RE 870947, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017, acórdão eletrônico repercussão geral — mérito dje-262 divulg 17-11-2017 public 20-11-2017.

⁴ Como percebe-se na redação dos artigos 395, 404, 418 e 772, do Código Civil.

ceu desde o início da pandemia, vou falar também do IGP-M, que teve uma forte elevação no período. A sigla IPCA é decorrente da abreviação de Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, é o índice oficial da inflação no país.

Como o próprio nome sugere, ele indica a variação dos preços de um conjunto de produtos e serviços para o consumidor final. Logo, o cálculo do índice tem por base o levantamento mensal feito pelo IBGE de aproximadamente 430 mil preços em 30 mil locais, os quais são comparados com os preços do mês anterior para chegar na variação geral de preços ao consumidor em um período específico.

Essa cesta de produtos engloba diferentes categorias: alimentação e bebidas (como carnes, cebola, tomate e frutas); habitação (como energia elétrica, gás encanado e taxa de água e esgoto); artigos de residência (como mobiliário, utensílios, eletrodomésticos e TV); vestuário (como calçados e acessórios, roupas masculinas e roupas femininas); transportes (como combustíveis e transporte público); saúde e cuidados pessoais (como produtos farmacêuticos, plano de saúde e serviços médicos); despesas pessoais (como serviços pessoais e lazer); educação (como cursos regulares, leitura e papelaria); comunicação (como telefonia celular e internet).

Nesse sentido, o IPCA reflete o custo de vida de famílias com renda de 1 a 40 salários-mínimos de 13 regiões metropolitanas e 3 municípios brasileiros; apesar de não ser calculado em todo o país, o índice é de abrangência nacional — ou seja, vale para todas as regiões e cidades.

Utilizando como base somente o ano de 2020, o IPCA acumulou uma alta de 4,52%, e em 2021, até o mês de outubro, o acumulado é de 8,24%.⁵

Assim, o índice que melhor representa a atualização da moeda para as instâncias superiores é o IGP-M, o qual é calculado mensalmente pela FGV e se tornou o mais importante indicador de inflação

⁵ Disponível em: <https://www.idinheiro.com.br/tabelas/tabela-ipca/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

do Brasil. A sigla representa Índice Geral de Preços do Mercado, que registra a inflação — ou deflação — de preços de diversos produtos e serviços, desde matérias-primas agrícolas e industriais até bens e serviços finais.⁶ Para apuração do indexador mencionado, são utilizados outros três índices de preços: o Índice de Preços por Atacado, o Índice de Preços ao Consumidor e o Índice Nacional do Custo da Construção.

O IGP-M foi estabelecido em 1991, e tinha como objetivo ser o indicador para a correção monetária de títulos do Tesouro Nacional e depósitos bancários com rendimentos pós-fixados. Atualmente, seu principal uso é no reajuste de contratos de aluguel de imóveis, de planos e seguros de saúde, e de algumas tarifas públicas, como conta de luz.

Denota-se que, por considerar também todos os estágios de produção da cadeia (Atacado, Consumidor, Construção), o índice IGP-M oscila com mais força e frequência do que o IPCA.

Em 2020 acumulou elevação de 23,14%, já em 2021, até outubro, acumula alta de 16,75%.⁷

	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Acu- mulado anual
2021	2,58	2,53	2,94	1,51	4,10	0,60	0,78	0,66	-0,64	0,64	-	-	16,75
2020	0,48	-0,04	1,24	0,80	0,28	1,56	2,23	2,74	4,34	3,23	3,28	0,96	23,14

Considerando a elevação do índice IGP-M no período pandêmico e a finalidade de restabelecer o valor econômico da moeda depreciada, parece que, de uma forma geral, o IPCA cumpriria melhor esse objetivo.

⁶ FGV. IGP. Disponível em: <https://portalibre.fgv.br/igp>. Acesso em: 19 dez. 2021.

⁷ Disponível em: <https://www.idinheiro.com.br/tabelas/tabela-igp-m/>. Acesso em: 19 dez. 2021.

Nesse mesmo sentido, vai o Projeto de Lei n. 1.806, de 2021⁸, que busca disciplinar o reajuste de aluguéis residenciais e comerciais estabelecendo que o reajuste não ocorra em percentual superior ao IPCA. Muito embora não se trate de matéria consumerista, vale a pena referir a exposição de motivos do Projeto de Lei, quando o autor compara a elevação do IGP-M e o IPCA, bem como a diferença entre tais índices é muito grande e, durante a pandemia, os mais pobres necessitam de maior proteção social por parte do Estado, uma vez que foram os mais atingidos economicamente pela pandemia com o desemprego e a alta dos alimentos, razões pelas quais estamos adotando o índice oficial do governo para o reajuste dos aluguéis urbanos, o IPCA.

3 Revisão dos índices de correção monetária nos contratos

É cediço que o Código Civil de 2002 renovou os dispositivos da matéria contratual sob uma perspectiva qualitativa, porquanto não houve grandes alterações de dispositivos, apenas uma reformulação sob a ótica da nova interpretação do direito privado e os novos princípios regentes do direito civil. De forma que naturalmente traria reflexos à matéria contratual, uma vez que é a principal fonte de obrigações no convívio social, considerando as múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico.⁹

Os princípios modernos contratuais são a boa-fé, equilíbrio econômico e a função social do contrato, resultando na positivação, além da boa-fé objetiva (art. 133 e 422), os institutos da lesão (art. 157), abuso do direito (art. 187), a onerosidade excessiva (art. 317 e 478) e a função social dos contratos (art. 421). Desenvolvendo uma nova concepção de contrato em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, so-

⁸ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 1806, de 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8969080&ts=1630442548508&disposition=inline>. Acesso em: 19 dez. 2021.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.

cidade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico. Assim, o contrato deixa de ser compreendido como espaço reservado e protegido pelo direito para livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico, mas social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes mais equitativas.¹⁰

Com efeito, a boa-fé passa a exercer sua função tríade, a partir da função hermenêutica, a limitadora do exercício de direitos da qual também é chamada de função corretiva, bem como a função criadora de deveres anexos, ou então, função supletiva ou de integração. Nesse sentido, tratando-se de princípio amplo, a doutrina buscou sistematizar os diferentes papéis da boa-fé no campo contratual, de forma que a mais difundida é a classificação tripartite das funções do princípio da boa-fé.¹¹

As relações contratuais, que anteriormente tinham suas cláusulas pactuadas entre as partes, sob o princípio da autonomia privada e da declaração de vontade das partes, agora sofre a insurgência do equilíbrio econômico do contrato, não permitindo que uma das partes seja onerada em demasia na carga obrigacional distribuída entre os contratantes. O contrato também passa a observar a sua função social, de forma que atenda aos interesses não somente das partes, mas o da sociedade como um todo, por meio de uma ponderação, limitando a liberdade de contratar e a autonomia das partes em determinadas situações em que haja convergência entre interesse público e privado, atribuindo um caráter social aos contratos, que até então eram um espaço restrito aos contratantes.

Não obstante o Código Civil adotar o princípio da conservação do contrato, como se vê no artigo 184 no trecho que diz: “*a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida*”, de igual forma o Código de Defesa do Consumidor prevê a conser-

¹⁰MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 59.

¹¹GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34.

vação do contrato, no artigo 51, 2 §º, que diz: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

No entendimento de Miguel Reale, a opção do legislador foi de combinar os interesses individuais com os sociais de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Para o autor, não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária.¹²

O legislador privilegiou a normatização por meio de cláusulas gerais, de modo a estabelecer princípios/normas jurídicas de dicção normativa indeterminada, que à luz do caso concreto devem ser preenchidos pelo juiz para tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa. Torna-se necessário destacar que as cláusulas gerais são dotadas de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência.¹³

Outrossim, tendo como base a alteração no cenário econômico causada pela pandemia, é de se esperar que os contratos que utilizam o IGP-M para correção monetária sejam fortemente impactados pela forte elevação no índice. Considerando que a correção monetária visa estritamente recompor o valor da moeda, o princípio da conservação do contrato, a imprevisão, onerosidade excessiva e rompimento da base objetiva do negócio, é de se considerar a alteração do índice para o IPCA.

¹² REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa Fé no Direito Privado. **Revista dos Tribunais**, 1999. p. 299.

Nesse diapasão, o princípio da boa-fé também deverá ser parâmetro para o exercício de direitos subjetivos, conforme ilustra o artigo 187 do Código Civil, o qual dispõe sobre a ilicitude do exercício de direitos que venham a exceder os limites da boa-fé ou dos bons costumes. Assim, a boa-fé, em sua função corretiva, serve como filtro do devido exercício de direitos, primando por evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Nesse sentido, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para “tirania dos direitos”.¹⁴

Entretanto, da análise jurisprudencial dos Tribunais, denota-se que o entendimento firmado até o presente momento versa exclusivamente sobre a impossibilidade de alteração do indexador de correção monetária.

Torna-se necessário ressaltar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em entendimento isolado, determinou a alteração do índice do IGP-M para o IPCA em um contrato de financiamento de imóvel. Outrossim, denota-se que o contrato era de consumo, razão pela qual a fundamentação do acórdão n. **2093874-73.2021.8.26.0000** frisava a necessidade de tutela do consumidor como parte vulnerável da contratação.

Especificamente quanto a alteração do indicador nos contratos de consumo, ainda não existem julgados que permitam evidenciar um entendimento consolidado, de forma que verificamos em notas gerais os parâmetros empregados pelos Tribunais para alteração devem observar a tutela do consumidor como garantia fundamental, consoante a finalidade de proteger o consumidor, cuja vulnerabilidade, reconhecida no artigo 4º, inciso I, condiciona a aplicação de todas as normas constantes daquele diploma.

A baixa demanda de ações revisionais em contratos consumeristas pode ser justificada pela pouca aderência das instituições finan-

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 112.

ceiras quanto à contratação de índice de correção monetária para atualização dos valores, os quais geralmente apresentam a correção monetária incluída nos encargos remuneratórios, ao exemplo dos juros.

Os contratos de consumo diferenciam-se dos civis e empresariais pela vigência do Código de Defesa do Consumidor, observando a disparidade entre as partes presente na relação de consumo.

Diferentemente dos contratos civis, em que há uma relação contratual de paridade entre as partes, que não visam necessariamente ao lucro, bem como possuem pouca ou nenhuma habitualidade com a prática de contratações. Como são os mencionados contratos de compra e venda de produtos usados, sendo aplicável o Código Civil, ou lei especial, exemplo das locações imobiliárias. Enquanto as relações empresariais são aquelas celebrada pelo empresário, seja individual, sociedade empresária ou empresa individual de responsabilidade limitada, no desenvolvimento de sua atividade, nas quais sempre constam presentes a exploração da atividade econômica (lucro) e com habitualidade nas contratações. Nesses contratos são aplicáveis as regras do Código Civil, ou a legislação especial, quando existir, e subsidiariamente o Código Civil.

Nesses casos, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) logra êxito ao estabelecer princípios e garantias com o intuito de resguardar os direitos individuais e coletivos aos consumidores.

Não obstante, o STJ entende que é viável a alteração do índice considerando que sua finalidade é exclusivamente a reposição do valor real da moeda, assim quanto a correção já disse que *“o índice a ser aplicado é o INCC ou IPCA, incidindo aquele que for menor no período”*.¹⁵

Outrossim, os Tribunais Estaduais, de forma geral, indicam que deve incidir o índice previamente fixado entre as partes. A alegação de onerosidade excessiva pela elevação do IGP-M, por si só, não é su-

¹⁵ AgInt no AREsp 1413321/MA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 01/04/2020.

ficiente para alteração do índice.¹⁶ No caso em análise, os julgadores reconheceram que o índice IGP-M alterou significativamente, porém, ainda que elevada como ocorreu nos últimos meses (referente ao período de pandemia), não tem o condão de permitir a alteração unilateral do pactuado.

Por fim, interessante apontar um julgado do TJ-RS que indica em linhas gerais critérios a serem examinados para verificar se há viabilidade de alteração do índice previamente fixado.¹⁷ No caso *sub judice*, o julgamento foi no sentido do não preenchimento dos requisitos para concessão de tutela antecipada, porquanto necessária a identificar no curso do processo a verdadeira natureza da verba pactuada no acordo, bem como aprofundar a prova relativa ao efetivo prejuízo/dano sofrido pela parte contratante. Como se percebe, apesar de o colegiado não ter adentrado o mérito, indicou critérios gerais para efetiva demonstração da necessidade da parte em ver o índice alterado.

4 Considerações finais

Em síntese conclusiva, da análise jurisprudencial realizada, percebe-se que ainda não existe um entendimento consolidado a respeito da alteração do IGP-M para o IPCA nos contratos de consumo, civis e empresariais.

É digna de ressalva a baixa quantidade de demandas revisionais referentes a contratos de consumo, porquanto os contratos de crédito em sua grande maioria têm a correção monetária incluída nos encargos remuneratórios.

Quanto aos contratos civis e empresariais, vê-se que a alteração prescinde da efetiva demonstração de que o índice deturpa a finali-

¹⁶ TJSP; Agravo de Instrumento 2120616-38.2021.8.26.0000; Relator (a): Natan Zelinski de Arruda; Órgão Julgador: 4a Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira – 2a Vara Cível; Data do Julgamento: 09/06/2021; Data de Registro: 09/06/2021.

¹⁷ Agravo de Instrumento, Nº 50560242120218217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 26-08-2021.

dade de reposição do valor real da moeda, é viável a alteração para um índice com menor elevação.

Nesse sentido, a alta do índice IGP-M, por si só, não tem capacidade de demonstrar os requisitos supramencionados, razão pela qual é dominante o entendimento dos Tribunais pela manutenção do índice contratado entre as partes.

Referências

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

FGV. IGP. Disponível em: <https://portalibre.fgv.br/igp>. Acesso em: 19 dez. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das obrigações contratuais. 7. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa Fé no Direito Privado. **Revista dos Tribunais**, 1999.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n. 1806, de 2021**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8969080&ts=1630442548508&disposition=inline>. Acesso em: 19 dez. 2021.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 19 dez. 2021.